Rechtsnatur und Rechtsverhältnisse der öffentlichen Denkmäler.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wieprecht von Kropff

Gerichtsreferendar aus Germershausen.

MARBURG 1935

Druckerei W. May,
Köln, Trajanstraße 39
Telefon 94702

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am: 26. Juli 1933.

Berichterstatter: Prof.Dr.iur.Dr.phil.F.Genzmer.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meiner Mutter gewidmet.

I N H A L T.

I. Einleitung.

II. Die Rechtsnatur der öffentlichen Denkmäler.

III. Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Denkmäler.

IV. Die Streitigkeiten über öffentliche Denkmäler.

Schrifttum

von Almsick:	Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauches. 1928, 1. Auflage.
Bekker:	Pandekten. 1886. 1. Auflage.
Biermann:	Die öffentlichen Sachen. 1905. 1. Auflage.
v. Bitter:	Handwörterbuch der preussischen Verwaltung. 1928. 3. Auflage.
v. Brauchitsch:	Verwaltungsgesetze für Preussen. 1928. 2. Auflage.
Brinz:	Pandekten. III. Bd. 1888. 2. Auflage.
Davidson:	Der Rechtsschutz des Gemeingebrauches. 1889. 1. Auflage.
Dernburg:	Lehrbuch des preussischen Privatrechts. 1884. 3. Auflage.
ders.:	Pandekten. 1903. 7. Auflage.
Drews:	Preussisches Polizeirecht. 1929. 2. Auflage.
Eisele:	Ueber die Rechtsverhältnisse der res publicae in publico usu. 1873. Basler Rektoratsprogramm.
Enneccerus:	Allgemeiner Teil. 1926. 25.-29. Auflage.
Fleiner:	Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 1928. 8. Auflage.
Frank:	Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. 1931 18. Auflage.
Franken:	Lehrbuch des deutschen Privatrechts. 1894 1. Auflage.
Friedrichs:	Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht. Archiv des öffentlichen Rechts. Neue Folge Band I, S. 327.
ders.:	Verkehrsunfähige Sachen im heutigen Rechte. Gruchots Beiträge, Bd. 64, S. 676.
v. Gerber:	Deutsches Privatrecht. 1895. 17. Auflage.
Hermershausen:	Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preussen. 1929. 4. Auflage.
v. Gierke:	Deutsches Privatrecht: Sachenrecht. Allgemeiner Teil. 1903. 2. Auflage.
Giese, Neuwien, Cahn:	Deutsches Verwaltungsrecht 1930, 1. Auflage.
Goldschmidt:	Die preussischen Gesetze gegen Verunstaltung. 1912. 1. Auflage.

Guba:	Die öffentlichrechtlichen Grundlagen des Wegerechts. 1917. 1.Auflage.
Hatschek:	Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts. 1927. 5.u.6.Auflage.
Hawelka:	Rechte an öffentlichen Wegen. 1910. 1. Auflage. In den Wiener Staatswissenschaftlichen Studien. Bd.9, H.3.
Herrnritt:	Grundlehren des Verwaltungsrechts. 1921, 1. Auflage.
ders.:	Oesterreichisches Verwaltungsrecht. 1925. 1.Auflage.
G.Holstein:	Die Lehre von der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung. 1921. 1.Auflage.
W.Jellinek:	Verwaltungsrecht. 1928. 3.Auflage.
Koch:	Kommentar zum allgemeinen Landrecht. 1882 8.Aufl.
Kormann:	System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Manuldruck. 1925.
Lassar:	Grundbegriffe des preussischen Wegerechts 1919. 1. Auflage.
Lezius:	Das Recht der Denkmalspflege in Preussen. 1908. 1. Auflage.
Loening:	Verunstaltungsgesetz. 1912. 1.Auflage.
Mayer, Otto:	Deutsches Verwaltungsrecht. 1924. 3.Auflage.
ders.:	Oeffentliche Sachen (Art. in v. Stengel-Fleischmanns Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts) 1911. 2. Auflage.
Merkl:	Allgemeines Verwaltungsrecht. 1927. 1. Auflage.
Motive	zum ersten Entwurf des BGB.
Osswald:	Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen nach geltendem deutschen Privat- und Verwaltungsrecht. 1909. Dissertation.
Regelsberger:	Pandekten. 1893. 1. Auflage.
Schoen:	Deutsches Verwaltungsrecht in Holtzendorffs-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd.IV, 1914. 7.Auflage.
Schultzenstein:	Die Widmung zum öffentlichen Wege. Verwalt.Archiv. Bd.28 (1921), S.179.
Theobald:	Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen. 1912. Dissertation.
Vogel:	Gemeingebrauch. Dissertation. Kiel 1931.

v. Wächter: Pandekten 1880. 1. Auflage.

Wappäus: Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr enthobenen Sachen (nach der Göttinger Preisschrift 1866). 1867.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Bd. 1906. 9. Auflage.

ders.: Preussisches Privatrecht. 1887. 6. Auflage.

Witte: Die Erhaltung der Kunst- und Geschichtsdenkmäler. In der Mecklenburg. Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissenschaft, Verwaltung. Bd. 42/10. 1926.

v. Wussov: Die Erhaltung der Denkmäler in den Kulturstaaten der Gegenwart. Berlin 1885, 1. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 53 Seiten 171, 384; 64, 249; 70, 102; 76, 225.

Entscheidungen des preussischen Oberverwaltungsgerichts. Bd. 10, Seite 198; 35/298; 58, 415; 69, 407. Im Preuss. Verw. Bl. 32. S. 515 und in der DJZ. 1912, S. 870.

I. Einleitung.

In dem allgemeinen Beruf des Staates zur Pflege von Kunst und Wissenschaft ist auch die Pflicht enthalten, für die öffentlichen Denkmäler zu sorgen. Die Erzeugnisse vergangener Zeiten und unseren Besitz an kunst- und kulturgeschichtlichen Werten zu erhalten, ist eine der vornehmsten Aufgaben des Staates.

Die Fortschritte der Kultur haben das Bedürfnis nach einer Fürsorge für die öffentlichen Denkmäler gesteigert. In demselben Masse, in dem sich das ästhetische und künstlerische Empfinden hob, ist die Erkenntnis vom Werte des aus alter Zeit überkommenen Besitzstandes gewachsen.

Die vorliegende Arbeit stellt, im wesentlichen unter Beschränkung auf das preussische Recht, die in zahlreichen Gesetzen zerstreuten Bestimmungen, die die öffentlichen Denkmäler betreffen, zusammen. Sie versucht gleichzeitig, den Begriff des öffentlichen Denkmals zu klären, seine systematische Stellung in unserer Verwaltungsrechtsordnung festzulegen und in diesem Zusammenhang auch zu einigen der häufigsten verwaltungsrechtlichen Rechtsbegriffe Stellung zu nehmen.

Schliesslich werden kurz die Möglichkeiten des Rechtsschutzes der öffentlichen Denkmäler erörtert.

II. Die Rechtsnatur der öffentlichen Denkmäler.

Bevor es möglich ist, die rechtliche Stellung der öffentlichen Denkmäler festzulegen, müssen wir zunächst zu klären versuchen, was Denkmäler und was öffentliche Denkmäler überhaupt sind.

Der Sprachgebrauch versteht unter Denkmälern nicht lediglich Erinnerungszeichen wie Standbilder, Säulen, Bauwerke, die von vornherein zu dem Zweck errichtet worden sind, das Andenken an gewisse Personen und Begebenheiten dauernd zu erhalten. Er umfasst vielmehr auch Werke, die als Gegenstände aus der Vergangenheit, d.h. als kennzeichnende Reste eines früheren Kulturabschnitts von geschichtlicher, wissenschaftlicher oder künstlerischer Bedeutung sind. In diesem Sinne wird von Baudenkmälern, Denkmälern der Bildnerei oder Malerei gesprochen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sie ganz und unversehrt, oder nur in Bruchstücken erhalten sind. Wesentlich ist nur, dass sie noch die vorbezeichneten Merkmale haben. Sogar rein natürliche Gebilde werden gelegentlich als Denkmäler (Naturdenkmäler) bezeichnet. Ein Begriff, der so verschiedenartige Dinge umfassen soll, kannbnur nach ganz allgemeinen Merkmalen bestimmt werden. Am zutreffendsten bezeichnet man als Denkmäler alle »Gegenstände, die als kennzeichnende Wahrzeichen ihrer Entstehungszeit für das Verständnis der Kunst und Kunstindustrie und ihrer geschichtlichen Entwicklung, für die Kenntnis des Altertums und für die geschichtliche Forschung überhaupt, sowie für die Erhaltung der Erinnerung an Vorgänge von hervorragendem historischem Interesse eine besondere Bedeutung haben«[1]. Wenn auch diese Bestimmung die Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Gesichtspunk-

1) Lezius, Das Recht der Denkmalpflege in Preussen. Berlin 1908. 1. Aufl., S. 1. – Siehe auch: von Wussov, Die Erhaltung der Denkmäler in den Kulturstaaten der Gegenwart. Berlin 1885. 1. Aufl., S. 1 ff.

te nicht überall deutlich in Erscheinung treten lässt, so enthält sie doch alle Merkmale, die einen Gegenstand als Denkmal kennzeichnen. Alles was eine oder mehrere der in obigen Sätzen geschilderten Beziehungen zur Vergangenheit hat, ist als Denkmal anzusehen. Daraus folgt, dass der Begriff des Denkmals sich keineswegs in dem der Allgemeinheit geläufigen Inhalt erschöpft, der nur Bildwerke, Gedenksteine und ähnliche Werke umfasst, die zur Erinnerung an bestimmte Personen, oder geschichtliche Tatsachen errichtet worden sind. Diese bilden mit ihrer an die Zeit der Entstehung anknüpfenden, künstlerischen und geschichtlichen Bedeutung nur eine Gruppe der Denkmäler, erschöpfen den Begriff aber keineswegs. Es ist sogar möglich, dass einzelne Gegenstände dieser Art gar nicht als Denkmäler im Sinne unserer Abgrenzung anzusehen sind, weil sie weder einen Kunstwert haben, noch zu einem bedeutenden Ereignis der Vergangenheit in Beziehung stehen. Auch Objekte ohne allen Kunstwert, die an geschichtliche Vorgänge erinnern, Ueberreste vergangener Kulturabschnitte, Altertümer, früh- und vorgeschichtliche Fundstücke gehören zu den Denkmälern im Sinne unserer obigen Begriffsbestimmung. Schliesslich sind auch reine Naturerzeugnisse hierher zu rechnen, sofern sie von Vorgängen, die unseren Teil der Erdoberfläche gestaltet haben, Zeugnis ablegen oder die geschichtliche Entwicklung unseres Pflanzen- und Tierlebens veranschaulichen helfen[1]. Ein Denkmal braucht nicht geschichtliches oder künstlerisches Interesse für die Gesamtheit der Staatsbürger zu haben, es genügt die Bedeutung für einen Landesteil, eine Stadt, eine Kirche, oder für einen bestimmten Zweig der Kunst und des Kunstgewerbes. Selbst die Lage oder Aufstellung eines Gegenstandes, und die dadurch gegebenen Beziehungen zur örtlichen Umgebung können entscheidend für seine Eigenschaft als Denkmal sein. Auch dadurch, dass eine Sache ihrer architektonischen oder landschaftlichen Umgebung zum Schmuck gereicht, kann sie in die Zahl der Denkmäler eingereiht werden.

Nicht alle Gegenstände, jedoch auf die, die oben angegebene Begriffsbestimmung des Denkmals zutrifft, sind

1) Bei Bäumen oder Alleen, die zur Erinnerung an bedeutende Ereignisse oder Persönlichkeiten gepflanzt werden, fällt der Begriff des Naturdenkmals mit dem des Geschichtsdenkmals zusammen.

auch zugleich öffentliche Denkmäler. Viele Denkmäler befinden sich vielmehr im Privatbesitz, sind ohne alle Beziehung zur Oeffentlichkeit und dieser gar nicht zugänglich. Hinzukommen muss deshalb noch die Zweckbestimmung, vermöge deren das als Denkmal anzusprechende Werk der Oeffentlichkeit gewidmet erscheint. Bei Gegenständen der Kunst, der Wissenschaft und des Gewerbes kommt sie in ihrer öffentlichen Aufstellung zum Ausdruck. Die betreffenden Gegenstände müssen zum öffentlichen Nutzen oder zur Verschönerung der öffentlichen Wege, Plätze oder Anlagen dienen. Eine entsprechende Zweckbestimmung liegt auch im Wesen unserer zahlreichen vaterländischen Kriegergedächtnisstätten und Denkmäler, Statuen usw. Endlich gehören alle Denkmäler hierher, die in irgendeiner Hinsicht für die Oeffentlichkeit wertvoll und allgemein zugänglich, oder wenigstens für alle sichtbar sind. »In allen Fällen ist das Begriffsmerkmal der Oeffentlichkeit der Denkmäler keineswegs nur von der Öffentlichkeit des Ortes zu verstehen, an dem sie sich befinden, sondern es gewinnt die dadurch zu erfordernde Zweckbestimmung den Inhalt, dass das als Denkmal in Betracht kommende Werk der Oeffentlichkeit gewidmet sein muss.«

Es sind also nur die Denkmäler als öffentliche Denkmäler anzusehen, die in so engen Beziehungen zur Öffentlichkeit stehen und für diese so wertvoll sind, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an ihrem Bestand und ihrer Erhaltung vorhanden ist. Es fragt sich nun, ob der Umstand, dass die Allgemeinheit an dem Vorhandensein der öffentlichen Denkmäler besonders interessiert ist, für ihre Rechtsstellung irgendwie von Bedeutung ist.

Es erscheint wünschenswert, den öffentlichen Denkmälern einen stärkeren Rechtsschutz angedeihen zu lassen, als es auf Grund der Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Eigentums- und Besitzschutz geschehen kann, und so ihre Erhaltung im Interesse der Allgemeinheit in erhöhtem Masse sicher zu stellen. Einen solchen Rechtsschutz bietet in wirksamer Weise das öffentliche Recht. Bis zu einem gewissen Grade unterstehen insbesondere alle unbeweglichen Sachen dem öffentlichen Recht, z.B. durch Baubeschränkungen, Massnahmen des Naturschutzes, Denkmalschutzes usw. Darüber hinaus sind aber die sogenannten öffentlichen Sachen in einzelnen Rechtsbeziehungen vollkommen dem öffentlichen Recht unterworfen, das ihre Erhaltung für die Oeffentlichkeit gegenüber unbefugten Eingriffen Einzelner sichert.

Es ist also zu untersuchen, ob es möglich ist, die öffentlichen Denkmäler den öffentlichen Sachen zuzurechnen. Diese Frage ist unabhängig von der Frage nach dem Eigentum zu prüfen. Es kann sehr wohl öffentliche Sachen geben, die in, wenn auch gebundenem, Privateigentum stehen. Die Eigenschaft als öffentliche Sache ergreift einen Gegenstand immer nur in einzelnen rechtlichen Beziehungen, in denen sie ihn dem öffentlichen Recht unterwirft, im übrigen untersteht er weiter dem Privatrecht[1].

Wi finden sich gesetzliche Bestimmungen über die öffentlichen Sachen? Im BGB. sind keine derartigen Vorschriften enthalten. Daraus folgt, dass die über dieses Gebiet bestehenden landesrechtlichen Vorschriften durch das BGB. nicht aufgehoben worden sind und auch heute noch gelten. Das wird ausdrücklich durch Art. 111 EGBGB. bestimmt. Soweit es sich um Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts handelt, hat das BGB. den einzelnen Staaten auch die zukünftige Regelung überlassen[2] und nur deren Befugnisse im EGBGB. abgegrenzt[3], und zwar in den Art. 55, 65, 73, 113 und 133. Die für die öffentlichen Sachen massgebenden Vorschriften sind daher im gemeinen Recht und im Landesrecht zu suchen. Die gemeinrechtlichen Vorschriften fussen auf dem römischen Recht, haben dies aber wesentlich umgebildet[4].

Nach Ansicht der Römer waren öffentliche Sachen: "res quae publico usui destinatae sunt"[5]. Diese Definition hat sich im gemeinen Recht lange erhalten und wird auch heute noch vertreten. Dem Begriff der öffentlichen Sache haftet jedoch eine starke Unbestimmtheit an. Er steht nicht ein für allemal fest, sondern ist im Laufe der Zeit den Bedürfnissen des Staates und der Verwaltung entsprechend, erheblichen Schwankungen unterworfen gewesen. Demgemäss ändert sich auch die Zahl der öffentlichen Sachen immer wieder. Es scheiden Sachen aus diesem Kreise aus, während andere hinzukommen. Die Entscheidung, ob eine öffentliche Sache vorliegt, hängt jedesmal von einer Prüfung des Einzelfalls ab, die, je nach den Anschauun-

1) So die h.M., z.B. Fleiner: Institutionen. 1928, S. 354; Jellinek, Verwaltungsrecht. 1928, S. 486.
2) s. EG. Art. 111.
3) Motive zum ersten Entwurf des BGB. III, S. 27.
4) Enneccerus, A.T. 1926, § 122; Bekker, Pandekten, I, S. 133; Dernburg, Sachenrecht. 1908, S. 33.
5) L. II, § 5 D. 43, 8.

gen und Verhältnissender Zeit, verschieden ausfallen kann[1].

So entspricht auch die Begriffsbestimmung der Römer den heutigen Verhältnissen nicht mehr ganz. Zunächst gibt es sehr wohl Sachen, die tatsächlich im "Gemeingebrauch stehen", ohne öffentliche Sachen im eigentlichen Sinne zu sein, z.B. ein für den allgemeinen Verkehr offener Privatpark; andererseits gibt es heute Gegenstände, die nicht im Gemeingebrauch stehen und doch öffentliche Sachen sind. Otto Mayer führt als Beispiel hierfür unter anderem die Schienenstränge der Eisenbahnen und die Schleusentreppen der Kanäle an. An ihnen ist deshalb ein Gemeingebrauch nicht möglich, weil man zu ihrer Benutzung erst der Hilfeleistung und Nutzungsgewährung eines Beamten oder Aufsehers bedarf. Sie sind aber gleichwohl öffentliche Sachen. Auch ein Teil der öffentlichen Denkmäler gehört hierher, wie wir noch sehen werden. Es erscheint also nötig, den Begriff der öffentlichen Sachen nach einem anderen Unterscheidungsmerkmal abzugrenzen.

Wesentlich für den Begriff nach heutiger Anschauung wird sein, dass die Sache in irgendeiner Form der Oeffentlichkeit unmittelbar dient, d.h. durch ihren Gebrauchswert "mit ihrer Körperlichkeit" bestimmte öffentliche Zwecke erfüllt[2]. Sei es dadurch, dass sie der allgemeinen Benutzung offensteht, zum Inventar der öffentlichen Verwaltung gehört, dem öffentlichen Verkehr dient, sei es sonst irgendwie[3]. Nur dann wird der Staat in der Lage sein, den reibungslosen Verlauf des öffentlichen Gemeinlebens zu gewährleisten, wenn er alle Sachen, die der Oeffentlichkeit unmittelbar dienen und deren Erhaltung daher für die Allgemeinheit besonders wichtig ist, auf Grund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung umfassend und wirksam schützen kann. Man wird also einen Gegenstand dann als öffentliche Sache anzusehen haben, wenn er irgendwie öffentlichen Zwecken dient, und diese so wichtig sind, dass seine Unterstellung unter öffentlich-rechtliche Sondernormen begründet erscheint, um ihn dem

---

1) Fleiner, a.a.O. S.153.
2) O.Mayer, Verwaltungsrecht, 3.Aufl., II, S.39.
3) Sachen, die nur mittelbar dadurch öffentlichen Zwekken dienen, dass ihre finanziellen Erträgnisse die Mittel zur Deckung des Geldbedarfs der öffentlichen Verwaltung liefern, gehören nicht zu den öffentlichen Sachen im eigentlichen Sinne.

Dienst der Oeffentlichkeit zu erhalten und gegen unbefugte Eingriffe dauernd sicher zu stellen.

Wir werden daher sagen können: »Oeffentliche Sachen sind Gegenstände, die Zwecken der öffentlichen Verwaltung oder anderen öffentlichen Zwecken dauernd unmittelbar dienen und daher der Einwirkung der öffentlichen Gewalt in höherem Masse als andere Sachen unterworfen sind«.

Die Gesetze bezeichnen als öffentliche Sachen meist nur die Sachen, die der allgemeinen Benutzung unterliegen, während unsere weitere Begriffsbestimmung sich in der Wissenschaft durchgesetzt hat.[1] Jellinek dagegen hält nur den letzten Teil unserer Begriffsbestimmung für wesentlich und betont ausserdem, dass an öffentlichen Sachen besondere Beziehungen öffentlich-rechtlicher Art zwischen den Trägern der öffentlichen Gewalt und den Einzelnen bestehen[2]. Jedoch ist dieses letzte Kennzeichen, wie wir schon oben sahen, keineswegs auf öffentliche Sachen beschränkt und daher zur Unterscheidung nicht geeignet. Auch sonst erscheint Jellineks Abgrenzung unvollständig. Sie enthält nur die Folge, nämlich die Einwirkung der öffentlichen Gewalt, aber nicht auch die Voraussetzung, den Dienst für besondere öffentliche Zwecke.

Können wir nun die öffentlichen Denkmäler unserer Begriffsbestimmung der öffentlichen Sachen unterordnen? In der Literatur ist diese Frage nur selten erwogen worden. Das ist nicht weiter verwunderlich. Da es, wie wir oben sahen, unmöglich ist, eine für immer feststehende Liste der öffentlichen Sachen aufzustellen, begnügen sich fast alle Schriftsteller mit der Aufzählung derjenigen, die ihnen am wichtigsten erscheinen. Lediglich Herrnritt[3] und Schoen[4] rechnen die öffentlichen Denkmäler zu den öffentlichen Sachen des gemeinen Gebrauchs. Ebenso hält Bekker[5] die öffentlichen Denkmäler für Sachen,

---

1) O.Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1924, Teil II, S.54 Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechts, S. 379; Dernburg, Pand. Teil I, S.158 (1888); Schoen, a.a.O. S.30. A.M.: Fleiner, a.a.O. S.253; v.Gierke, Deutsches Privatrecht, II, 1905, S.26; Giese, Neuwien; Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, 1930, 1. Aufl., S.86.

2) Jellinek, a.a.O. S.482.

3) Jellinek, a.a.O. S.381.

4) Schoen, Deutsches Verwaltungsrecht in Holtzendorff - Kohlers Enzyklopädie 1914, Bd.4, S.30.

5) Bekker, Pandekten, Teil I (1886), S.290.

die ausserhalb des Verkehrs stehen in dem Sinne, dass sie nur in beschränktem Masse dem Privatrecht unterliegen. Crome[1] rechnet die öffentlichen Denkmäler zwar nicht zu den verkehrsbeschränkten Sachen in technischem Sinne, gibt jedoch zu, dass sie mehr oder weniger dem Verkehr entzogen seien, ohne dass sich aber diese Beschränkung näher bezeichnen lasse.

Von Gierke[2] und Friedrichs[3] nehmen tatsächlichen Gemeingebrauch an Denkmälern oder an den Zugängen zu Denkmälern an. Von Gierke meint, schon der tatsächliche Gemeingebrauch genüge, um eine Verkehrsbeschränkung an Denkmälern hervorzurufen, während die allgemeine Ansicht mit Recht dahin geht, dass derjenige, der eine Sache dem tatsächlichen Gemeingebrauch offen lässt, sie der allgemeinen Benutzung auch jederzeit wieder entziehen kann und dass eine Verkehrsbeschränkung nur durch Widmung entsteht. Von Gierke und Friedrichs unterscheiden sich von Herrnritt und Schoen darin, dass für sie der Gemeingebrauch an Denkmälern etwas rein Tatsächliches ist, während er nach der erstgenannten Ansicht durch die Indienststellung als öffentliche Sache entsteht. Gegen die Rechtsnatur der Denkmäler als öffentliche Sache spricht sich mittelbar Otto Mayer aus[4]. Er stellt ein Verzeichnis der Sachen auf, die nach heutiger Anschauung als öffentliche Sachen anzusehen sind, und bemerkt zum Schluss, darüber hinaus werde man nicht gehen dürfen. Je ernster man es mit der rechtlichen Bedeutung der öffentlichen Sachen nehme, desto mehr werde man sich hüten, ihren Kreis zu erweitern. Die übrigen Schriftsteller geben lediglich Beispiele zu den von ihnen aufgestellten Klassen der öffentlichen Sachen, ohne an eine erschöpfende Aufzählung zu denken; sie nehmen also zu der Frage nicht Stellung[5].

Um festzustellen, ob die öffentlichen Denkmäler zu den öffentlichen Sachen gehören, wird man sich fragen müssen, ob und in welchem Umfang sie den Zwecken der öffentlichen Verwaltung schon durch ihr blosses Vorhandensein, »ihre Körperlichkeit» unmittelbar dienen. (Ihr

1) Crome, Allgem. Teil, 1900, S. 303.
2) Deutsches Privatrecht (Sachenrecht) 1905, S. 21.
3) Oeffentliche Sachen bei Gruchot 64, 676.
4) Art. »Oeffentliche Sachen» in Stengl. Fleischmanns Handwörterbuch, Teil II, S. 9.
5) So z.B. Crome, a.a.O. S. 303.

Nutzen durch Eintrittsgelder, die in öffentliche Kassen fliessen, kommt in diesem Zusammenhang nicht in Betracht, weil er nur eine mittelbare Unterstützung der öffentlichen Zwecke darstellt.) Und weiter, ob diese Zwecke so überragend, so wichtig sind, dass es gerechtfertigt erscheint, sie den öffentlichen Sachen zuzurechnen und sie demgemäss einer öffentlich-rechtlichen Verkehrsbeschränkung zu unterwerfen.

Die öffentlichen Denkmäler sind zum Teil für das Verständnis der Kunst, Kunstindustrie und Kultur und ihrer geschichtlichen Entwicklung von grosser Bedeutung. Andere sind für die Kenntnis des Altertums und vergangener Zeit überhaupt sowie für die geschichtliche und gelegentlich auch für die naturwissenschaftliche Forschung wertvoll. Wieder andere erhalten unsere Erinnerung an Vorgänge von hervorragender geschichtlicher Bedeutung, an grosse Ereignisse der vaterländischen Geschichte oder an bedeutende Menschen. Sie tragen damit zugleich zur Weckung und Stärkung der Vaterlandsliebe und des Nationalstolzes bei. Oeffentliche Denkmäler, die nur örtliche Bedeutung haben, sind vorzüglich dazu geeignet, den Bürgerstolz und den Gemeinsinn zu wecken und wachzuhalten. Gerade sie fördern die Verbundenheit des Volkes mit dem Landstrich, in dem es aufwuchs und dienen so der Erhaltung der Heimatliebe. Schliesslich tragen die meisten öffentlichen Denkmäler zur Verschönerung und Belebung des Städtebildes und der Landschaft bei, in der sie sich befinden. Die öffentlichen Denkmäler sind also für die geschichtliche und kunstgeschichtliche Forschung und ganz allgemein für die Gesamtheit der Nation von grossem Werte. Sie dienen sehr mannigfaltigen und ausserordentlich wichtigen öffentlichen Zwecken.

Das starke Interesse, das die Nation an der Erhaltung der öffentlichen Denkmäler hat, ist, abgesehen von der Denkmalsschutzgesetzgebung, auch in einigen gesetzlichen Einzelbestimmungen zum Ausdruck gekommen. Nach Art. 150 der früheren RV genossen die Denkmäler der Kunst Geschichte und Natur den Schutz und die Pflege des Staates. Der Staat war demgemäss also verpflichtet, sie gegen Beschädigungen zu sichern und für ihre Erhaltung zu sorgen[1].

§ 304 StGB. gewährt den öffentlichen Denkmälern strafrechtlichen Schutz. § 35,I,8 ALR. unterwirft sie einer

1) Anschütz, Kommentar zur RV 1930, 13. Aufl. Bem. zu Art. 150.

besonderen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung.

Der Wert der öffentlichen Denkmäler für die Öffentlichkeit ist demnach so gross, ihr Vorhandensein für die Allgemeinheit so wichtig, dass es wünschenswert erscheint, ihren Bestand dauernd wirksamer zu sichern, als dies auf Grund des Privatrechts möglich ist. Denn sie sind ihrem Zweck nach für eine unbegrenzte Zeit bestimmt und sollen möglichst für immer erhalten bleiben. Dies ist nur möglich, indem man sie besonderen öffentlich - rechtlichen Normen unterstellt, vermöge deren die öffentliche Verwaltung in der Lage ist, ihre Erhaltung sofort und unmittelbar gegen unbefugte Eingriffe Dritter zu sichern. Um ihnen diese gesicherte Stellung zu verschaffen und wegen der Wichtigkeit der öffentlichen Zwecke, die sie erfüllen, ist es nötig, die öffentlichen Denkmäler zu den öffentlichen Sachen zu rechnen. Sie unterliegen dann, wie unten näher erörtert werden wird, einer öffentlich-rechtlichen Verkehrsbeschränkung, vermöge deren sie ihren öffentlichen Zwecken nicht entzogen werden können.

Wir schliessen uns also der Ansicht von Bekker, Schoen und Herrnritt an, allerdings mit anderer Begründung als die beiden letztgenannten Schriftsteller. Cromes Ansicht erscheint zu unbestimmt. Wie oben dargelegt wurde, ist es unbedingt nötig, Denkmäler dem Privatrechtsverkehr so weit zu entziehen, dass ihre öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung nicht durch Privatrechtsgeschäfte beeinträchtigt werden kann. Auch Crome bezeichnet dieses Ergebnis als wünschenswert; man kann es jedoch nur dadurch erreichen, dass man die öffentlichen Denkmäler der an allen öffentlichen Sachen bestehenden Verkehrsbeschränkung unterwirft.

Die Ansicht von Friedrich und von Gierke, nach der an öffentlichen Denkmälern ein bloss tatsächlicher Gemeingebrauch besteht, widerspricht unbedingt dem öffentlichen Interesse, zudem übersieht sie einen Teil der öffentlichen Denkmäler, wie wir unten sehen werden. Auch O. Mayer, der die öffentlichen Denkmäler ganz aus dem Kreis der öffentlichen Sachen ausschliesst, können wir demnach nicht beistimmen.

Wir wenden uns jetzt der Frage zu, in welcher Form ein öffentliches Denkmal die Eigenschaft als öffentliche Sache erwirbt. Öffentliche Sachen können zunächst durch natürliche Tatsachen entstehen. Gewisse Sachen tragen vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit die öffentliche Zweckbestimmung in sich, so vor allem der Meeres-

strand und die schiffbaren Flüsse. Sie sind ohne weiteres öffentliche Sachen. Andererseits macht die blosse Tatsache der Benutzung durch die Allgemeinheit eine Sache noch nicht zur öffentlichen Sache. Vielmehr werden alle anderen Sachen nur durch Widmung zu öffentlichen Sachen, das ist die Indienststellung durch die dafür zuständige Behörde.

Die rechtliche Konstruktion der Widmung ist sehr bestritten. Sie ist besonders im Zusammenhang mit der Widmung der öffentlichen Wege in Preussen erörtert worden. Dies ist wohl auch der am häufigsten vorkommende Fall der Widmung öffentlicher Sachen. Wenn man ausserdem bedenkt, dass die öffentlichen Wege von jeher als Schulbeispiel der öffentlichen Sachen galten, so wird man kein Bedenken tragen, die Ansichten über die Rechtsnatur der Wegewidmung auf die Indienststellung der anderen öffentlichen Sachen auszudehnen, zumal die Rechtslage bei allen öffentlichen Sachen ziemlich die gleiche ist. Dies tun auch fast alle Schriftsteller. Die herrschende Lehre, die von dem preussischen Oberverwaltungsgericht und Otto Mayer vertreten wird, geht dahin, dass die Widmung etwas rein Tatsächliches ist. Sie ist hiernach kein Verwaltungsakt, kein bindender Ausspruch dessen, was rechtens sein soll[1] und erfordert zu ihrer Gültigkeit das gleichwertige Zusammenwirken der Polizeibehörde, des Eigentümers und des Unterhaltspflichtigen. Die Mitwirkung jedes der drei Beteiligten ist ein wesentlicher Bestandteil der Widmung. Eine öffentliche Sache ist also solange nicht vorhanden, als nicht die Zustimmung aller Mitwirkenden, mindestens aus schlüssigen Handlungen, ersichtlich ist. Diese Ansicht hat in neuerer Zeit Widerspruch gefunden.

Eine besonders von Lassar[2] vertretene Ansicht hält die Widmung für einen Verwaltungsakt auf Unterwerfung.

---

1) Aehnlich O.Mayer, a.a.O.S. 58; Jellinek, a.a.O.3.Auflage, 1931, S. 509; Germershausen, Wegerecht, 1929, S.4 ff.; Hatschek, Verwaltungsrecht, 1924, S.434; von Gierke, Deutsches Privatrecht, II, S.20; Theobald, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen 1912, S. 20 ff.

2) Lassar, Grundbegriffe des preussischen Wegerechts, 1919, S.73; Hawelka, Rechte an öffentlichen Wegen, 1910, S. 14 ff.; Guba, Die öffentl.-rechtl. Grundlagen des Wegerechts. 1917, S.9.

Schoen und Fleiner[1] bezeichnen sie als eine einseitige hoheitliche Willensäusserung, einen öffentlich-rechtlichen Akt der zuständigen Behörde. Sie vertreten also auch den Standpunkt, dass ein Verwaltungsakt vorliegt. Kormann nennt die Widmung einen sachenrechtlich Recht schaffenden Verwaltungsakt, der unmittelbar die Sache ergreift, ihr eine bestimmte rechtliche Eigenschaft verleiht und nur mittelbar Verpflichtungen von Personen im Gefolge hat. Durch ihn wird die Sache dem öffentlichen Verwaltungszweck übergeben[2]. An der herrschenden Meinung über die Widmung befremdet zunächst die Verschiedenheit der bei der Widmung zusammenwirkenden, angeblich gleichwertigen Willenserklärungen. Es sind dies teils Willenserklärungen öffentlicher Behörden, teils solche von Privaten. Bei näherem Zusehen müssen wir erkennen, dass diese Erklärungen auch tatsächlich nicht gleichwertig sind, dass vielmehr die Erklärung der öffentlichen Behörde die anderen an Bedeutung überragt. Hält z.B. die Wegepolizeibehörde die Anlegung eines öffentlichen Weges für unbedingt nötig, will aber weder der Privateigentümer dazu Land hergeben, noch der Unterhaltspflichtige die Unterhaltung übernehmen, so kann sie dem Grundeigentümer durch Enteignung das erforderliche Land wegnehmen und durch polizeiliche Zwangsmittel den Unterhaltspflichtigen zur Erfüllung seiner Pflichten anhalten (§ 55 ZG.). Hier entsteht der Weg dann wesentlich durch die Erklärung der öffentlichen Behörde gegen den Willen anderer Beteiligten[3]. Eröffnet ein Privateigentümer auf seinem Grund und Boden einen Weg der allgemeinen Benutzung, so wird damit noch kein öffentlicher Weg geschaffen, sondern ein dem allgemeinen Verkehr offener, der dem Gemeingebrauch jederzeit wieder entzogen werden kann. Erst wenn die Wegepolizeibehörde den Weg dem Gemeingebrauch widmet, entsteht ein öffentlicher Weg der durch private Rechtsgeschäfte dem öffentlichen Verkehr nicht mehr entzogen werden kann und gegen Eingrif-

1) Schoen, a.a.O.; Fleiner, S.353; van Almsick: Die Rechtsverhältnisse des Privateigentümers....S.49; Osswald: Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen, 1909, S.58.
2) Aehnlich Giese, Neuwien, Cahn: Deutsches Verwalt.R., 1. Aufl., 1930, S.88, 435; Brinz, Pandekten, S.180; Regelsberger, Pandekten, S.58, die die Widmung für eine Art öffentliche Stiftung halten.
3) Guba, a.a.O.

fe Dritter gesichert ist.

Der Unterschied zwischen einer öffentlichen Sache und einer nur dem allgemeinen Verkehr offenen wird dadurch erzeugt, dass bei der Schaffung der öffentlichen Sache die Erklärung einer öffentlichen Behörde mitwirkt. Daraus folgt, dass die Erklärungen der bei der Widmung Beteiligten nicht gleichwertig sind. Die Behörde ist vielmehr bei der Widmung als Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts beteiligt, sie handelt in Ausübung öffentlicher Gewalt. Durch die Widmung wird die Sache in zahlreichen Beziehungen dem öffentlichen Recht unterstellt. Die an der öffentlichen Sache bestehenden Privatrechte werden beschränkt und können hinfort nur noch so weit ausgeübt werden, als sie die öffentliche Zweckbestimmung der Sache nicht beeinträchtigen.

Dies ist aber nur möglich durch die hoheitliche Willenserklärung eines Trägers der öffentlichen Gewalt. Die Mitwirkung der Behörde ist demnach ein Verwaltungsakt, eine hoheitliche Willensäusserung für den Einzelfall innerhalb der Verwaltung, wie Jellinek[1] zutreffend abgrenzt.

Wie Eisele[2] dargetan hat, war die Indienststellung als öffentliche Sache schon im römischen Recht eine Willensäusserung der öffentlichen Gewalt, die Ausübung des dem Staat zustehenden ius publicandi. Hawelka[3] bemerkt dazu, dass dies Recht dann später ein Bestandteil des Wegeregals und dann der Wegehoheit des Staates geworden sei. Zwar sind heute die einzelnen Hoheitsrechte verschwunden; die Vorstellung, dass die Errichtung öffentlicher Wege ein Vorrecht des Staates sei, hat sich aber bis auf den heutigen Tag erhalten. Auch die geschichtliche Entwicklung spricht also für unsere Ansicht.

Und zwar ist die Widmung, wie wir oben sahen, ein Privatrechte beschränkender Verwaltungsakt. Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung bedürfen derartige Verwaltungsakte der gesetzlichen Grundlage (fr. RV. Art. 153 I)[4].

---

1) Jellinek, a.a.O. S. 239.
2) Eisele: Ueber die Rechtsverhältnisse der res publicae in publico usu, S. 33.
3) Hawelka, a.a.O.
4) Hierzu § 35 I, 8 ALR.: Einschränkungen des Eigentums müssen also durch die Natur, durch die Gesetze oder durch Willenserklärungen bestimmt sein.

Die mangelnde gesetzliche Grundlage kann hier öfters ersetzt werden durch die Einwilligung des Betroffenen. Die Ueberschreitung der Grenzen, die der Verwaltung gezogen sind, ist in einer Reihe von Fällen zulässig, wenn der Bürger, zu dessen Schutz sie gezogen sind, auf diesen Schutz verzichtet. Das ist die Rechtsfigur des Verwaltungsaktes auf Unterwerfung. Die Zustimmung des Eigentümers ist demnach die rechtliche Voraussetzung, die Vorbedingung für den Ausspruch der Widmung. Sie schafft die Rechtsgrundlage, auf der diese ergehen kann. Die Widmung, die ohne die Zustimmung des Eigentümers erfolgt, ist nichtig[1].

Die dritte Komponente, die das OVG. zur Gültigkeit der Indienststellung verlangt, ist gleichfalls nicht deren Tatbestandsmerkmal oder gleichwertiger Bestandteil. Die Zustimmung des Unterhaltspflichtigen ist vielmehr auch nur eine Vorbedingung für die Gültigkeit der Widmung. Die staatsrechtlichen Grundsätze des Haushalts ergeben, dass die Verwaltung nur dann die Anlegung eines Weges oder einer anderen öffentlichen Sache beschliessen kann, wenn die Bau- und Unterhaltspflicht eines Dritten rechtlich gesichert ist[2]. Die Zustimmung des Unterhaltspflichtigen muss also in jedem Falle vor der Indienststellung eingeholt werden, deren finanzrechtliche Voraussetzung sie ist.

Wir schliessen uns also der Ansicht von Lassar gegen die herrschende Meinung an. Die von Schoen, Fleiner und Kormann vertretene Begriffsbestimmung der Widmung ist insofern unvollständig, als die hoheitliche Willensäusserung des Staates allein nicht genügt, sondern als rechtliche Voraussetzung für die Gültigkeit der Indienststellung einer öffentlichen Sache auch noch die Zustimmung des Eigentümers nötig ist.

Die Zustimmung der Wegepolizeibehörde für die Wegewidmung beruht auf der speziellen gesetzlichen Vorschrift des § 55 ZG. An ihre Stelle tritt bei der Widmung anderer öffentlichen Sachen die öffentliche Körperschaft oder Behörde, die für die Befriedigung des öffentlichen Zweckes verantwortlich ist, dem die betreffende Sache dienen soll.

Die Errichtung und Erhaltung öffentlicher Denkmäler gehört zu den allgemeinen Verwaltungsaufgaben des Staa-

---

1) Abweichend van Almsick, a.a.O.S.57.

2) Lassar, a.a.O.S.78; van Almsick, S.55; OVG.35/298.

tes. In dem allgemeinen Beruf des Staates zur Pflege von Kunst und Wissenschaft ist auch die Pflicht enthalten, für die öffentlichen Denkmäler zu sorgen. Diese Bestrebungen dienen der Förderung und Erhaltung des Gemeinwohls, nämlich dem Schutz des öffentlichen Besitzstandes in kunst- und kulturgeschichtlicher Hinsicht[1]. Soweit also der Staat selbst Denkmäler errichtet, oder in den öffentlichen Dienst übernimmt, erfolgt die Widmung durch staatliche Verwaltungsbehörden. Je nachdem, ob das Denkmal nur lokale oder allgemeine Bedeutung hat, wird der Landrat oder eine höhere Instanz zuständig sein.

Andererseits gehört die Denkmalpflege auch zu den kulturellen Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinden und Gemeindeverbände. Die meisten Denkmäler, die neu hergestellt werden, werden von ihnen errichtet oder übernommen. Ebenso wie z.B. eine Stadt Strassen anlegt und unterhält, sich um die Verschönerung des Stadtbildes bemüht, Anlagen, Spielplätze usw. schafft, ebenso ist sie zuständig für die Errichtung, Unterhaltung und den Schutz ihrer öffentlichen Denkmäler. Zweifellos können auch die Gemeinden öffentliche Rechtsverhältnisse begründen: sie haben das Recht der Selbstverwaltung, ein delegiertes, staatliches Hoheitsrecht und üben die öffentlich-rechtliche Tätigkeit in ihrem Gebiet aus. Die Widmung kann also auch von ihren Organen vollzogen werden. Zuständig für die Vornahme der Indienststellung wird in diesem Falle der Magistrat als Gemeindeverwaltungsbehörde und ausführendes Organ sein oder der Bürgermeister als dessen Vorsitzender und Vertreter auf Grund eines ermächtigenden Beschlusses[2]. Errichtet ein Gemeindeverband ein Denkmal, so geschieht die Widmung entsprechend durch dessen Verwaltungsorgane oder den Vorsitzenden.

Einer besonderen Mitwirkung der Polizeibehörde bedarf es nicht. Und zwar gleichviel, ob die Widmung durch staatliche oder Gemeindebehörden vorgenommen wird und ob in der betreffenden Gemeinde eine staatliche Polizeiverwaltung besteht oder nicht. Die Polizei ist mit der Widmung ohne weiteres verpflichtet, dem Denkmal ihren besonderen Schutz angedeihen zu lassen. Hat der Staat oder die öffentliche Körperschaft das Denkmal auf eigenem Grund errichtet, so wird mit der Widmung zugleich

1) Lezius: Das Recht der Denkmalspflege in Preussen. Berlin 1908, 1. Aufl., S.8.
2) OVG. im preuss. Verwaltungsbl. 32, S.515.

die Zustimmung des Privateigentümers und des Unterhaltspflichtigen ausgesprochen. Wird das Denkmal, etwa auf Grund der Dienstbarkeit, auf fremdem Grund und Boden errichtet, so ist die Zustimmung des Privateigentümers zu der Indienststellung nötig. Durch die Widmung entsteht eine Verpflichtung zur dauernden Duldung auf dem betreffenden Grundstück. Daraus ergibt sich, dass der Wille des Eigentümers den gleichen Inhalt haben muss. Seine Zustimmung ist also unwiderruflich.

Unterhaltspflichtig ist in diesen Fällen immer die öffentliche Körperschaft, die das Denkmal errichtet hat. Wer eine öffentliche Sache herstellt, wird sie unterhalten müssen und wollen. Wird das Denkmal von privater Seite errichtet, etwa von einem Verein oder einem eigens zu diesem Zwecke gebildeten Denkmalsausschuss, so muss dieser der Uebernahme in den Dienst der Oeffentlichkeit, die durch die Widmung erfolgt, zustimmen. Für die Unterhaltung wird in solchen Fällen oft ein besonderer Fonds gebildet. Wird die Unterhaltspflicht von privater Seite übernommen, so ist die Zustimmung des Betreffenden erforderlich. Sonst wird auch in diesem Falle die öffentliche Körperschaft, die das Denkmal widmet, unterhaltspflichtig sein. Die Denkmalspflege gehört zu ihren allgemeinen Verwaltungsaufgaben; sie hat ein sehr wesentliches Interesse an der Unterhaltung ihrer öffentlichen Denkmäler.

Nur so kann man den dauernden Bestand der öffentlichen Denkmäler sichern, denn ein privater Unterhaltsfonds kann sich doch einmal erschöpfen oder auf andere Weise wegfallen. In der Tat unterhält z.B. die Stadt Marburg alle ihre öffentlichen Denkmäler, auch die von privater Seite errichteten, und wirft dafür jährlich eine bestimmte Summe in ihrem Haushaltsplan aus.

Die Art, in der die Widmung erfolgt, kann verschieden sein, je nachdem, ob das Denkmal von einer öffentlichen Körperschaft selbst errichtet, oder ob ein von anderer Seite hergestelltes Denkmal in den öffentlichen Dienst übernommen wird. Für die Widmung bestehen keine Formvorschriften, sie kann auch stillschweigend erfolgen durch schlüssige Handlungen. Das wird jedoch bei neuerrichteten öffentlichen Denkmälern kaum vorkommen. Sie werden, ihrer Zweckbestimmung entsprechend, meist mit einer besonderen Einweihungsfeierlichkeit dem Dienst der Allgemeinheit übergeben. Die Widmung erfolgt im allgemeinen erst nach der Fertigstellung des Denkmals, denk-

bar ist jedoch auch eine vorherige Widmung mit der Massgabe, dass das Denkmal nach seiner Fertigstellung dem öffentlichen Dienste gewidmet sein soll.

Die sogenannte unvordenkliche Verjährung ist kein besonderer Entstehungstatbestand für die Eigenschaft als öffentliche Sache.

Sie hat keine rechtsbegründende Wirkung[1]. Es wird nur aus dem Zusammentreffen verschiedener äusserer Umstände und daraus, dass der betreffende Gegenstand seit alters her öffentlichen Zwecken dient, gefolgert, dass früher eine Widmung stattgefunden hat. Die Willenserklärung der massgebenden Stelle kann bewiesen werden durch die im Laufe der Zeit entstandene Vorstellung und Ueberzeugung einer mehr oder minder grossen Gesamtheit wie der Angehörigen einer Gemeinde usw., dass die Widmung früher einmal gültig erfolgt ist. Die Unvordenklichkeit ersetzt also nur den Nachweis der erfolgten Widmung, nicht diese selbst. Es ist nicht möglich, etwa von einer Ersitzung der Oeffentlichkeit einer Sache zu Gunsten der Allgemeinheit zu reden. Es wird lediglich eine Vermutung für das Vorhandensein einer gültigen Widmung geschaffen. Diese Vermutung ist gerade bei den öffentlichen Denkmälern von grösserer Bedeutung als bei fast allen anderen öffentlichen Sachen. Die öffentlichen Denkmäler stammen meist aus mehr oder minder ferner Vergangenheit, und ihre Bedeutung für die Oeffentlichkeit liegt ja gerade darin, dass sie als Zeugen ihrer Zeit uns ein Bild der damaligen künstlerischen und kulturellen Anschauungen verschaffen. Bei sehr vielen älteren öffentlichen Denkmälern ist die Widmung nicht mehr nachweisbar, sondern lässt sich nur noch auf Grund der allgemeinen Ueberzeugung von ihrer früheren gültigen Vornahme vermuten.

Oeffentliche Sachen, die vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit für die Oeffentlichkeit bestimmt sind, können durch rein natürliche Ereignisse, eine Änderung ihrer natürlichen Grundlagen, ihren öffentlichen Charakter verlieren. Alle anderen öffentlichen Sachen werden ihrer öffentlichen Zweckbestimmung durch die sogenannte Einziehung entkleidet, die Ausserdienststellung, die, im Gegensatz zu der nur vorübergehenden Sperrung, die Öffentlichkeit der Sache dauernd beseitigt.

Die Einziehung ist gesetzlich vielfach dadurch be-

---

1) a.M.: Schultzenstein: Die Widmung zum öffentlichen Wege. Verw.Archiv 28 (1921) S.179 ff.

dingt, dass sie im öffentlichen Interesse liegen muss[1]) Sie ist an andere formale Voraussetzungen geknüpft als die Widmung[2]). Wenn man diese als Verwaltungsakt ansieht, muss man notwendig auch die Einziehung als solchen bezeichnen. Und zwar aus den oben bereits erörterten Gründen, weil sie der contrarius actus der Widmung ist[3]). Die Einziehung ist jedoch im Gegensatz zu der Indienststellung nur ein einseitiger Verwaltungsakt. Weder die Zustimmung des Eigentümers, noch die des Unterhaltspflichtigen ist nötig. Denn beide werden lediglich von ihren Beschränkungen und Lasten befreit und niemand hat ein Recht auf das Bestehenbleiben einer öffentlichen Sache[4])

Die Einziehung erfolgt einzig nach pflichtmässigem Ermessen der zuständigen Behörde, die allerdings alle ihre Entschliessungen nur im öffentlichen Interesse zu treffen hat. Die schlechte Verfassung, Verwahrlosung oder Zerstörung eines öffentlichen Denkmals ist kein selbständiger Endigungstatbestand für seinen öffentlichen Dienst. Sie ist nur soweit bedeutsam, als man hieraus auf seine in anderer Weise erfolgte Ausserdienststellung schliessen kann, wofür dieser Zustand eine hinreichende Vermutung ergibt. Im allgemeinen erfolgt jedoch die Einziehung nicht stillschweigend, sondern durch ausdrückliche Erklärung der zuständigen Behörde. Formvorschriften bestehen für sie nicht.

Eine Einziehung wird bei öffentlichen Denkmälern sehr viel seltener vorkommen als bei anderen öffentlichen Sachen. Der Staat ist ja gerade mit allen Mitteln bestrebt, die hohen Kulturwerte, die die Denkmäler verkörpern, der Allgemeinheit zu erhalten. Nur ganz überwiegende, dem Fortbestand des Denkmals entgegenstehende Belange des Gemeinwohls werden seine Ausserdienststellung rechtfertigen. Z.B. müssen in Grossstädten gelegentlich Denkmäler unbedingten Notwendigkeiten des öffentlichen Verkehrs weichen. Zuständig für die Einziehung des öffentlichen

---

1) Giese, Neuwien, Cahn, a.a.O.S. 88.
2) Herrnritt, a.a.O. S. 381.
3) Hatschek, a.a.O.S.435; Fleiner, S.367; Herrnritt, S.381; Giese, Neuwien, Cahn, S. 88.
a.M.: O.Mayer, a.a.O.S. 69.
4) Eine Mitwirkung des Publikums gibt es ausnahmsweise beim Wegeeinziehungsverfahren in Preussen, § 57 ZG.

Denkmals ist diejenige Behörde oder Körperschaft, die die Widmung vollzogen hat. Lässt diese sich nicht mehr feststellen, so wird im Zweifel der jetzige Eigentümer oder Unterhaltspflichtige, gegebenenfalls auch die öffentliche Körperschaft, in deren Verwaltungsbesitz das Denkmal steht, die Einziehung vornehmen können.

III. Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Denkmäler.

Die öffentlichen Sachen und als solche die öffentlichen Denkmäler unterstehen teils dem öffentlichen, teils dem privaten Recht. "Sie sind zugleich Objekt zweier verschiedener Rechtsgebiete und haben eine doppelte passive Rechtsfähigkeit". Das öffentliche Denkmal wird durch die Widmung zum Teil dem öffentlichen Recht unterstellt. Es bildet eine Summe von zwei verschiedenen rechtlichen Bestandteilen, die beide Rechtsnormen verschiedener Art unterstehen. "Es handelt sich um ein gemischtes Rechtsverhältnis, das eine öffentlichrechtliche und eine privatrechtliche Seite hat". Wie weit sich der Bereich des einen oder anderen Rechts erstreckt, ergibt sich aus dem Verwaltungszweck des Denkmals; jedoch ist die öffentlichrechtliche Seite der privaten übergeordnet. Für die Entstehung, Verwaltung, Benutzung und den Schutz der öffentlichen Denkmäler sind Normen des öffentlichen Rechts massgebend, während sie gleichzeitig in allen anderen Beziehungen dem Privatrecht unterstehen. In diesem Für und Wider liegt die grosse Schwierigkeit der rechtlichen Behandlung der öffentlichen Denkmäler. Kennzeichnend für alle öffentlichen Sachen ist ihre Zugehörigkeit an einen Träger öffentlicher Verwaltung. Diese Zugehörigkeit kann mehr oder weniger tief gehen. Das Vollkommenste und Regelmässigste ist, dass der Staat neben seiner Verfügungsmacht auf Grund der öffentlichrechtlichen Verkehrsbeschränkung zugleich das Privateigentum an dem öffentlichen Denkmal hat. Es kann aber auch sein, dass der Staat nur ein beschränktes Recht an dem Denkmal erworben hat,

vermöge dessen die für den öffentlichen Zweck erforderliche Benutzung und der Bestand des Denkmals von dem Eigentümer als Belastung auf seinem Grundstück geduldet werden muss. Das bedeutet dann ein dingliches Recht an fremder Sache, etwa eine Dienstbarkeit. Schliesslich kann die Zugehörigkeit zum Ausdruck kommen in dem blossen Besitz[1]. Man hat gegen diese Unterscheidung eingewendet[2], dass sie nach aussen nicht hervortrete, weil alle öffentlichen Sachen im gleichen Masse dem öffentlichen Recht unterworfen seien. Das ist insofern richtig, als die öffentlichrechtliche Verkehrsbeschränkung, die zuweilen auch als öffentlich-rechtliche Grunddienstbarkeit bezeichnet wird[3], sämtlichen öffentlichen Sachen begriffswesentlich und deshalb zur Unterscheidung nicht geeignet ist. Unsere Einteilung knüpft an die privatrechtlichen Beziehungen der öffentlichen Gewalt zu den öffentlichen Sachen an, und sie ist praktisch, um aufzuzeigen, wie weit – abgesehen von der öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung – die öffentliche Gewalt auch privatrechtlich über die öffentlichen Sachen verfügen kann.

Die öffentlichen Denkmäler stehen ebenso wie alle anderen Sachen im Privateigentum einer öffentlichen Körperschaft oder einer Privatperson. Sie unterliegen der persönlichen, privatrechtlichen Verfügungsmacht des Eigentümers und können in den Formen des Privatrechts veräussert oder belastet werden. Ebenso kann man öffentliche Denkmäler ersitzen[4].

---

1) O. Mayer, a.a.O. II, S.48.

2) van Almsick, a.a.O. S. 74.

3) Fleiner: a.a.O.S.343: »Die öffentlichrechtliche Wegeservitut hat mit der privatrechtlichen nur den Namen gemein».

4. Nach der französisch rechtlichen Theorie des öffentlichen Eigentums von O.Mayer, a.a.O.II, § 35, I, S.44 ff. stehen die öffentlichen Sachen im sog. öffentlichen Eigentum, wenn ihr Privateigentümer mit dem Inhaber der öffentlichen Gewalt identisch ist. Sie sind danach der privatrechtlichen Eigentumsordnung gänzlich entzogen und unterstehen in allen Beziehungen dem öffentlichen Recht. Das Wesen öffentl. Eigentums ist Ueberordnung. Der Herr der öffentlichen Sache tritt den Rechtsgenossen immer als Träger der öffentlichen Gewalt gegenüber. Diese Theorie hat sich nicht durchsetzen können. Den Bedürfnissen der Verwaltung ent-

Durch die Widmung entsteht jedoch eine Zweckgebundenheit der öffentlichen Denkmäler[1]. Sie werden damit zum Teil der Herrschaft des öffentlichen Rechts unterstellt, und diese ist so stark, dass sie das Privatrecht wo es sich ihr hemmend entgegenstellt, überwindet und unschädlich macht. Die öffentlichen Denkmäler unterliegen dem Privatrecht nur innerhalb der Schranken, die das öffentliche Recht dem privaten setzt, um ihre Erhaltung für die Allgemeinheit zu sichern. Das Eigentum an den öffentlichen Denkmälern ist auf Grund öffentlichrechtlicher Normen mit der Verpflichtung belastet, sie ihrem öffentlichen Zweck zu erhalten. Das ist die Rechtsfigur der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung[1].

Soweit das Denkmal nicht von seinem öffentlichen Zweck in Anspruch genommen wird, bleibt das Privateigentum wirksam. Der Eigentümer muss sich aber jeder Benutzung und Verfügung enthalten, die den öffentlichen Zweck stören würde. Die öffentlichen Denkmäler können durch Privatrechtsgeschäfte ihrem öffentlichen Zweck nicht mehr entfremdet werden. Sie sind dem privaten Rechtsverkehr zwar nicht entzogen, wohl aber verkehrsbeschränkt.

Unzulässig sind danach Rechtsgeschäfte über öffentliche Denkmäler, die mit ihrer öffentlichen Zweckbestimmung unvereinbar sind. Die Bestellung dinglicher Rechte an öffentlichen Denkmälern und schuldrechtliche Verträge über sie sind nicht zulässig, soweit dadurch ihre öffentlichen Zwecke beeinträchtigt würden. Derartige Verträge sind rechtswidrig und deshalb nach §§ 134,306,309 BGB. nichtig.

Fortsetzung von S. 22:
spricht durchaus die Scheidung von Privateigentum und Hoheitsrecht, auch in Bezug auf die öffentlichen Sachen.

1) O.Mayer, a.a.O.S.63; Jellinek, a.a.O.S.486; Fleiner, S.358; Endemann, Sachenrecht, § 4; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, I, S.11; Biermann, Oeffentl.Sachen, 1900, S.56; für das Gebiet des ALR. bestimmt der heute noch geltende § 14, I, 4: Soweit eine Sache dem Privatrechtsverkehr entzogen ist, kann sie kein Gegenstand einer Willenserklärung sein.

2) So auch ALR., § 21,I, 8: Das Eigentum heisst eingeschränkt, wenn dem Eigentümer nur gewisse Arten der Ausübung der darunter begriffenen Rechte versagt sind.

Unzulässig ist auch insoweit die Ausübung bestehender Rechte an öffentlichen Denkmälern. Die vor der Indienststellung begründeten Rechte an öffentlichen Denkmälern können nur in dem Umfang weiter ausgeübt werden, dass sie den öffentlichen Zweck nicht schädigen. Unstatthaft ist ebenso die Zwangsenteignung eines öffentlichen Denkmals oder die Zwangsvollstreckung in ein öffentliches Denkmal, soweit diese zur Aufhebung der öffentlichen Zweckbestimmung führen müssen. Die auf dem Grundstück ruhende öffentliche Last zur Duldung des Denkmals kann durch diese Massnahmen nicht beseitigt werden. Zulässig sind andererseits alle Rechtsgeschäfte über öffentliche Denkmäler, die mit ihrem Zweck vereinbar sind. Z.B. kann ein öffentliches Denkmal veräussert werden. Seine Verkehrsbeschränkung wird dadurch nicht berührt, sie kann durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten nicht untergehen, weil sie als öffentliche Last nicht ins Grundbuch eingetragen wird. Es können dingliche Rechte aller Art an den öffentlichen Denkmälern bestellt werden, soweit sie ausserhalb der Verkehrsbeschränkung liegen. Denkbar sind namentlich Dienstbarkeiten, möglich ist auch die Belastung mit Hypotheken, Reallasten usw.

Durch die Einziehung wird das Eigentum an dem öffentlichen Denkmal von der auf ihm ruhenden Last befreit. Es wird wieder in vollem Umfang rechtswirksam. Das Denkmal untersteht von jetzt ab wieder allein dem Privatrecht. Schon vor der Einziehung ist es möglich, Rechtsgeschäfte über öffentliche Denkmäler abzuschliessen, die mit ihrem öffentlichen Dienst in Widerspruch stehen, unter der Bedingung ihrer späteren Einziehung (§ 309 BGB).

Die privatrechtliche Verantwortlichkeit, die der Eigentümer eines Grundstücks oder Gebäudes zu tragen hat, trifft auch in gleicher Weise den Eigentümer und den Herrn[1] der öffentlichen Sache, also des öffentlichen Denkmals. Sie müssen dafür sorgen, dass das Denkmal niemand Schaden zufügt und gegebenenfalls nach nach Vorschriften über unerlaubte Handlungen (BGB. §§ 823 ff.) Ersatz leisten. Der Eigentümer des öffentlichen Denkmals ist verpflichtet, es stets in einem Zustand zu erhalten, der es zur Erfüllung seiner Zweckbestimmung geeignet macht. Er ist insbesondere verantwortlich für die verkehrssichere Beschaffenheit des öffentlichen Denkmals,

1) D.H. den Träger öffentlicher Gewalt, der das Denkmal in Dienst gestellt hat. §§ 837, 838 BGB. sinngemäss.

z.B. dafür, dass die Zugänge und die sonstige Anlage in gefahrlosem Zustand[1] sind. Haftbar ist er jedoch nur für Schäden, die bei bestimmungsgemässem Gebrauch des Denkmals entstehen. Wer etwa durch unerlaubtes Erklettern des Denkmals zu Schaden kommt, kann keine Ansprüche geltend machen. Der Eigentümer haftet nur den Benutzern des Denkmals, nicht aber Dritten gegenüber, die durch die bestimmungsgemässe Benutzung des Denkmals geschädigt werden. Z.B. besteht gegenüber Anliegern, die durch den ordnungsmässigen Verkehr in und an den Denkmals-Anlagen gestört oder geschädigt werden, keine Schadensersatzpflicht.

Wir wenden uns nun den öffentlichen Rechtsverhältnissen der öffentlichen Denkmäler zu. Das die meisten öffentlichen Sachen beherrschende Rechtsverhältnis ist der Gemeingebrauch. Auch an manchen öffentlichen Denkmälern ist, wenn auch teilweise in beschränktem Masse, ein Gemeingebrauch möglich. Zunächst gibt es zahlreiche grosse Schlachten-, Krieger- oder Nationaldenkmäler, die man besteigen kann, um sie zu besichtigen, ihre Aussicht zu geniessen. Oft enthalten solche Denkmäler auch Erinnerungshallen und grössere gärtnerische Anlagen, deren Benutzung jedem frei steht. Auch bei kleineren Denkmälern sind gärtnerische Anlagen mit einigen Bänken häufig. Weiterhin gibt es sehr viele geschichtliche Baudenkmäler, die jedermann besuchen und besichtigen kann. Der Umfang des jeweils möglichen Gemeingebrauchs wird durch die äusserliche Beschaffenheit des Denkmals entscheidend bestimmt. Auch Verwaltungsvorschriften und die Verkehrsübung können eine Rolle spielen. Andererseits ist natürlich auch an vielen öffentlichen Denkmälern ein Gemeingebrauch in keiner Form möglich.

Immer ist jedoch zu beachten, dass es sich in allen Fällen nicht um den Gemeingebrauch als Selbstzweck handelt. Es ist nicht die Hauptaufgabe der öffentlichen Denkmäler, der allgemeinen Benutzung zu dienen. Sie haben vielmehr zahlreiche und wichtige andere Zwecke im Dienst der Allgemeinheit zu erfüllen, wie bereits oben erörtert wurde. Wenn sie dem Gemeingebrauch offen stehen, so ist er lediglich ein Mittel zur Erfüllung der eigentlichen Zwecke der öffentlichen Denkmäler. Die öffentlichen Denkmäler gehören zu den wenigen öffentlichen Sachen, deren Hauptzweck nicht darin besteht, der Oeffentlichkeit dadurch zu dienen, dass sie der allgemeinen Benutzung offen stehen. Der Gemeingebrauch an öffentlichen Denkmä-

lern entsteht durch die Widmung, die das Denkmal für die allgemeine Benutzung freigibt. Ihre Rechtsnatur ist Gegenstand starker Veinungsverschiedenheiten. Nach der ältesten Auffassung war der Gemeingebrauch ein Mitgliedschaftsrecht, er beruhte auf der Mitgliedschaft am Gemeinwesen[1]. Im Polizeistaat hielt man ihn für eine Wohltat, die der Staat seinen Untertanen erweist. Man hatte die Möglichkeit, die betreffende Sache zu benutzen, jedoch ohne einen Rechtsanspruch auf diese Benutzung zu haben. Diese Wohltaten haben nach O. Mayer im heutigen Recht einen gesicherten Rechtsgrund erhalten.

Es gibt jetzt einen Kreis von Lebensäusserungen, die als natürlich und derart selbstverständlich angesehen werden, dass auch die öffentliche Gewalt ihn achten muss und nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung in ihn eingreifen darf. Was dazu gehört, bezeichnet man als die den Menschen im Staat zukommende Freiheit. Zu ihr gehört auch der Gemeingebrauch; er ist eine Wirkung persönlicher und wirtschaftlicher Selbstbestimmung des Staatsbürgers, die ihre Quelle in der Zugehörigkeit zu einem mehr oder minder bestimmten Personenkreis hat. O. Mayer bestimmt den Gemeingebrauch als die in die Freiheit der einzelnen gestellte, bestimmungsgemässe Benutzung der solchen Diensten gewidmeten öffentlichen Sachen[2].

Nach anderer Ansicht ist der Gemeingebrauch ein subjektives öffentliches Recht[3], d.h. eine dem öffentlichen Recht angehörende Willensmacht, die dem Willensträger im eigenen Interesse verliehen ist[4]. Diese Willensmacht richtet sich gegen jeden, auch gegen den Staat selber. Gegen diese Meinung spricht zunächst die Unbestimmtheit und der beständige Wechsel der Rechtssubjekte des Gemeingebrauchs. Ebenso spricht dagegen die Unbestimmtheit des Inhalts. Der Gemeingebrauch kommt in den verschiedensten Formen vor, sein Umfang richtet sich jeweils nach der Beschaffenheit der Sache, ihrer Zweckbestimmung,

1) O. Mayer, 2. Bd., S. 73.
2) Siehe zu dem Vorhergehenden O. Mayer, 2. Bd., S. 76/77. Ebenso Jellinek, 3. Aufl., 1931, S. 507; Randa, Eigentumsrecht, S. 46; Hawelka, a.a.O. S. 88; Fleiner, S. 374; Herrnritt, S. 388.
3) v. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1903, Teil II, S. 25; Eisele, a.a.O. S. 27; Jhering, Geist d. römischen Rechts, III, 1865, S. 354.
4) So Jellinek, a.a.O. S. 192.

der Widmung usw.

Keinesfalls kann man gegen den Staat einen Anspruch auf den Geneingebrauch zwangsweise durchsetzen[1]. Bringt er ihn durch Einziehung der Öffentlichen Sache zum Erlöschen, so gibt es dagegen kein Rechtsmittel[2]. Die Widmung der öffentlichen Sache steht ganz im Ermessen der Behörde, sie ist nicht durch Klage erzwingbar. Dies spricht entscheidend gegen die Ansicht, der Gemeingebrauch sei ein subjektives, öffentliches Recht. Eine dritte Meinung hält den Gemeingebrauch für die Rückwirkung der Normen, die die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung der öffentlichen Sachen begründen[3]. Es wird jedoch umgekehrt die Ausübung der rechtlich gesicherten Freiheit des Menschen im Staate durch diese Normen auf die Benutzung der öffentlichen Sachen ausgedehnt und geregelt. Die rechtlich gesicherte Freiheit des Menschen ist also der Ausgangspunkt, nicht aber die Normen, die ihren Gebrauch abgrenzen.

Am besten wird das Wesen des Gemeingebrauchs durch die Definition O. Mayers erklärt. Die Unbestimmtheit und der Formenreichtum des Gemeingebrauchs, ebenso seine starke Abhängigkeit von Tradition, Sitte und Gewöhnung und seine häufigen Wandlungen im Laufe der Zeiten rühren eben daher, dass innerhalb der von der Verwaltung gezogenen Grenzen die Benutzung der betreffenden öffentlichen Sachen jedem frei steht, dass jedermann sich der Sache nach seinem freien Belieben bedienen kann. Der Mensch kann sich innerhalb eines verfassungsmässig geschützten Kreises im Staat frei bewegen, ohne Eingriffe befürchten zu müssen. Diese Möglichkeit der freien Bewegung erstreckt sich auf die Benutzung der dem Gemeingebrauch offenstehenden Sachen. Aber aus dieser Eigenschaft des Gemeingebrauchs als eines Stückes der verfassungsmässug gesicherten Freiheit des Menschen im Staate ergeben sich jetzt Folgerungen, die ihn zu einem rechtlich wohlgesicherten Vorteil des Einzelnen machen. Alle Gebietsangehörigen müssen zu den der allgemeinen Benutzung unter-

---

1) Etwas anderes ist das Recht auf die störungsfreie Ausübung des einmal gewährten Gemeingebrauchs, das durch Rechtsschutzmittel erzwingbar ist.

2) Eine Ausnahme bildet die Wegeeinziehung in Preussen, gegen die Einspruch und Klage möglich ist. § 57 ZG.

3) G. Jellinek, System, 2. Aufl., 1919, S. 74; Hatschek, a.a.O. S. 437; Schoen, a.a.O. S. 285.

liegenden öffentlichen Einrichtungen zugelassen werden und dürfen von ihnen in ihrem individuellen Interesse Gebrauch machen[1].

Die Regelung des Gemeingebrauchs gehört zu den Aufgaben der Polizei. Das ist für einzelne öffentliche Sachen ausdrücklich durch Gesetz bestimmt worden[2], aber auch für alle anderen anzunehmen. Die polizeilichen Vorschriften über die Regelung des Gemeingebrauchs verfolgen den Zweck, die öffentlichen Denkmäler in ihrem unversehrten Bestande zu erhalten und sorgen ferner dafür, dass die Ausübung des Gemeingebrauchs durch den Einzelnen verträglich bleibt mit der gleichen Freiheit des Anderen. Wer gegen diese Bestimmungen verstösst, begeht eine Ueberschreitung des Gemeingebrauchs, die oft auch einen Eingriff in den Bestand des betreffenden Denkmals bedeutet.

Bisweilen ist für die Besichtigung und Benutzung der öffentlichen Denkmäler eine Gebühr zu entrichten; ihre Erhebung ist nur kraft gesetzlicher Ermächtigung zulässig[3].

Der Schutz des gemeinen Gebrauchs gehört zu den Aufgaben der Polizei, die verpflichtet ist, der Erhaltung der öffentlichen Denkmäler ihre besondere Aufmerksamkeit zu widmen (§ 14 PVG.). Sie wehrt Uebergriffe Einzelner ab und schützt das Recht jedes Volksgenossen auf Teilnahme an der allgemeinen Benutzung der öffentlichen Denkmäler. Bei Störungen oder Beeinträchtigungen des Gemeingebrauchs durch Behörden oder Private hat der Betroffene die allgemeinen Rechtsbehelfe des Verwaltungsrechts, die Dienstaufsichtsbeschwerde[4] und, jedenfalls in einzelnen bestimmten Fällen, die Klage im Verwaltungsstreitverfahren. Diese Rechtsschutzmittel sind an die Stelle der alten gemeinrechtlichen Interdikte getreten. Sie richten sich unmittelbar gegen die Verwaltung und nur

---

1) Es interessiert hier nur die Definition des Gemeingebrauchs als Beziehung zwischen Sache und Benutzer. Als Verhältnis zur belasteten Sache wird er meist als öffentlichrechtliche dingliche Last bezeichnet. Friedrich, Archiv f. öff. Recht, N.F. I, S. 327.

2) z.B. altes PVG. § 6b; StGB. § 366, Ziff. 10; Preuss. Wasserges. §§ 39, 348.

3) In Preussen allgemein §§ 1,4 KAG.

4) Fleiner, a.a.O. S. 375. Die Verwaltungsklage ist bei öffentlichen Denkmälern nicht gegeben.

indirekt gegen den Störer. Gegen diesen selbst gewährt die h.M. dem Verletzten eine dem gemeinrechtlichen Interdikten entsprechende zivilrechtliche Klage auf Beseitigung der Störung und Schadensersatz[1]. Das ist nicht unbestritten, jedoch ist die Meinungsverschiedenheit ohne grosse Bedeutung, da die Klage aus § 823 II BGB.bzw. §§ 836 mit 249 BGB. dasselbe erreicht.

Für die Einräumung einer über den Umfang des gewöhnlichen Gemeingebrauchs hinausgehenden erweiterten Sondernutzung an einem öffentlichen Denkmal bedarf es einer sogenannten Gebrauchserlaubnis, wenn kein subjektives öffentliches Recht auf die Sondernutzung begründet werden soll[2]. Die Gebrauchserlaubnis findet vor allem Anwendung für Sondernutzungen, die das öffentliche Denkmal nur oberflächlich und vorübergehend berühren. Sie bedeutet für denjenigen, dem sie gewährt wird, eine Erweiterung des Umfangs und Steigerung des gewöhnlichen Gemeingebrauchs. Sie nimmt der gestatteten Sondernutzung den Xharakter des Unerlaubten und begründet einen öffentlichrechtlichen Besitzstand des Inhabers an dem betreffenden Denkmal.

Streitig ist, ob daneben entsprechend der rechtlichen Doppelnatur der öffentlichen Denkmäler die privatrechtliche Gewährung eines prekaristischen Besitzstandes durch den Eigentümer nötig ist[3]. Dies ist wohl zu bejahen, weil das privatrechtliche Eigentum trotz der Widmung, wenn auch nur beschränkt bestehen und wirksam bleibt.

Die Gewährung von besonderen Nutzungsrechten durch Gebrauchserlaubnis kommt bei öffentlichen Denkmälern nicht sehr häufig vor. Höchstens bei unseren allergrössten vaterländischen Schlachtendenkmälern, wäre es möglich, dass Geschäftsleuten in dieser Form gestattet würde, etwa Stühle oder Verkaufskioske in den Anlagen der Denkmäler aufzustellen.

Die Gebrauchserlaubnis wird von der öffentlichen Körperschaft erteilt, die zur Verwaltung des öffentlichen

1) RG. 53,384; 64,249; 70,102. Für öffentliche Flüsse sind sind alle gemeinrechtlichen Ansprüche in Art.65EGBGB. aufrechterhalten.

2) Jellinek, a.a.O. S. 491.

3) Dafür v.Brauchitsch, Verwaltungsgesetze in Preussen, Bd.I,3, S.130; Kormann,a.a.O.S.102; OVG.;DJZ. 1912, S.870; Hatschek, a.a.O. S. 437.

Denkmals berufen ist. Sie muss nicht unbedingt in der Form des Verwaltungsakts ausgesprochen werden, sondern kann auch von einem Unterbeamten oder Angestellten ausgehen[1]. Sie ist nach freiem Ermessen zu erteilen und jederzeit frei widerruflich. Meist ist sie von der Entrichtung von Gebühren abhängig.

Handelt es sich nicht nur um gesteigerten Gemeingebrauch, sondern um eine besondere Benutzung, die ganz aus dem Rahmen der öffentlichen Benutzung des öffentlichen Denkmals fällt, so begründet deren Verleihung nach der h.M.[2] ein subjektives öffentliches Recht, kraft dessen der Beliehene die Aufrechterhaltung der ihm verliehenen Sondernutzung beanspruchen kann. Für die öffentlichen Denkmäler kommt im wesentlichen nur die Verleihung des Rechts, Kabel, Kanalisationsröhren oder Gasröhren durch den Bereich der öffentlichen Denkmäler hindurchzulegen, als Gegenstand der Nutzungsverleihung in Frage. Das Sondernutzungsrecht gewährt eine rechtliche Macht über die betreffende öffentliche Sache und damit über ein Stück öffentlicher Gewalt. Die Behörde ist dem Berechtigten gegenüber gebunden, ihn in Besitz und Nutzung der öffentlichen Sache zu lassen. Die Nutzungsverleihung enthält eine Durchbrechung des Gleichheitsprinzips. Sie ist daher nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung zulässig. Die Zuständigkeit zur Verleihung kann sich bisweilen auch aus ehemaligen Regalien ergeben. Das Sondernutzungsrecht entsteht durch den einseitigen Hoheitsakt der Verleihung durch die zuständige Behörde. Im allgemeinen ist das die Behörde oder öffentliche Körperschaft, die das Denkmal gewidmet hat. Wenn seine Ausübung in den Bestand der öffentlichen Sache eingreift, oder ihre Unterhaltung erschwert, wie das in den oben genannten Fällen häufig der Fall sein wird, ist zur Verleihung die Zustimmung des Eigentümers und des Unterhaltspflichtigen erforderlich[3].

Die Verleihung begründet kein dingliches Recht an der Sache, sondern nur einen Anspruch gegen die Verwaltung auf Gestattung der Sondernutzung. Die Beziehungen des Beliehenen zu Dritten (etwa gleichfalls Nutzungsberechtigten) sind rein privatrechtlicher Natur.

---

1) O.Mayer, a.a.O. II, S.92.
2) O.Mayer, a.a.O. II, S.95/96/102; Hatschek, a.a.O. S.56, III; Fleiner, a.a.O. S. 350.
3) OVG. 10, S.198.

Die auf Grund des verliehenen Rechts mit dem öffentlichen Denkmal verbundenen Einrichtungen werden nicht Bestandteile des Grundstücks, weil sie in Ausübung eines allwirksamen Rechts mit ihm verbunden werden (§ 95, I, 2 BGB. sinngemäss)[1]. Sie bleiben Eigentum des Beliehenen und unterliegen weiter seiner Verfügungsbefugnis. Für die Erteilung der Konzession ist oft eine Gebühr zu entrichten. Die Ausübung des Rechts untersteht der Aufsicht und dem Schutz der für die Verleihung zuständigen Behörde[2]. Das Nutzungsrecht erlischt durch den Verzicht und die Ausserdienststellung des öffentlichen Denkmals, an dem das Recht besteht. Ein Widerruf der Konzession ist nach allgemeinen Grundsätzen zulässig bei Nichterfüllung der auferlegten Bedingungen und wenn das Nutzungsrecht mit der Hauptbestimmung des öffentlichen Denkmals nicht vereinbar ist.

Die auf den öffentlichen Denkmälern ruhende öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung tritt nach aussen hin in Erscheinung in dem sogenannten Polizei-oder Verwaltungsbesitz des Staates.

Diese Bezeichnung stammt von O.Mayer; sie soll zum Ausdruck bringen, dass die öffentlichen Sachen auch rein ausserlich in besonders engen Beziehungen zur öffentlichen Verwaltung stehen. »Polizeibesitz bedeutet die Ausdehnung der polizeilichen Macht auf eine bestimmte Sache, auf ein bestimmtes Gebiet«[3]. Hat die öffentliche Körperschaft die Sache, die sie in Dienst stellen will,schon vorher im Besitz, so beruht dieser lediglich auf Privatrecht, und gegen unbefugte Eingriffe Dritter steht nur der Besitzschutz des BGB. zur Verfügung.Mit der Widmung aber entsteht auf der Grundlage dieses privatrechtlichen Besitzes der sogenannte Verwaltungsbesitz des Staates oder der öffentlichen Körperschaft an dem öffentlichen Denkmal. Die öffentliche Körperschaft muss sich, um das Denkmal gültig in den Dienst der Allgemeinheit stellen zu können, zunächst mindestens den privatrechtlichen Besitz verschaffen. Spätestens wird sie ihn bei der Vornahme der Widmung und durch diese, zugleich mit dem öffentlich-rechtlichen Besitz, erlangen.Wie der Polizeibesitz durch einen öffentlichrechtlichen Akt begründet wird,so

1) O. Mayer, a.a.O. II, S. 101.
2) O. Mayer, a.a.O.
3) O. Mayer, a.a.O. S. 69.

beruht nunmehr die tatsächliche Gewalt des öffentlichen Verbandes über das Denkmal auf öffentlichem Recht. Deshalb benötigt er nicht mehr den Besitzschutz des Privatrechts, um das Denkmal seinen öffentlichen Zwecken zu erhalten. Die öffentlichen Denkmäler sind von son grossem Wert für die Allgemeinheit, daß sie wirksamer und unmittelbarer auf Grund öffentlichen Rechts durch die Polizei geschützt werden. Denn jede Störung der Unversehrtheit [1] des Denkmals und Beeinträchtigung des Polizeibesitzes bedeutet eine Störung der öffentlichen Ordnung, die die Polizei gemäss § 14 PVG. zum Einschreiten verpflichtet. Die öffentlichen Denkmäler gehören zu den Rechtsgütern, die wegen ihrer grossen Bedeutung für die Gesamtheit der Nation unmittelbar und im besonderen Masse dem Polizeischutz unterstehen.

Gegen den Herrn des öffentlichen Denkmals ist deshalb eine Besitzklage nicht zulässig. Der Besitz ist hier eine hoheitliche Machtäusserung. Er wird gewahrt mit den Macht- und Strafmitteln, die der Polizei auf Grund des Polizeiverwaltungsgesetzes zur Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung stehen.

An den öffentlichen Denkmälern besteht ausser der durch die Widmung entstandenen allgemeinen, alle öffentlichen Sachen belastenden Eigentumsbeschränkung noch eine besondere öffentlichrechtliche Verkehrsbeschränkung, die durch das "Allgemeine Landrecht" von 1794 geschaffen wurde. Eine Berufung auf diese Vorschriften kommt allerdings nur in Frage, wenn sich das betreffende Denkmal im Geltungsgebiet des ALR. befindet. In den neueren preussischen Provinzen sind diese Vorschriften nicht anwendbar. Bei Gebietseinverleibungen gehen nur die Staatsgrundgesetze des aufnehmenden Staates ohne weiteres auf den neuen Gebietsteil über, nicht aber sonstige gesetzliche Bestimmungen, die besonders eingeführt werden müssen, was jedoch für die hier in Frage kommenden Vorschriften nicht geschehen ist. Die hier wichtigen Normen gelten, weil sie eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung schaffen, gemäss Art. 111 EGBGB. noch heute.

Zunächst bestimmt § 33,I, 8 ALR. allgemein: "Soweit die Erhaltung einer Sache auf die Erhaltung und Beförderung des gemeinen Wohls erheblichen Einfluss hat, soweit ist der Staat deren Zerstörung oder Vernichtung zu

1) O. Mayer, a.a.O.

untersagen berechtigt". Zu den Sachen, die unter diese Vorschrift fallen, gehören in allererster Linie die öffentlichen Sachen und damit die öffentlichen Denkmäler, deren Eigentümer im Interesse der Allgemeinheit in ihrer Verfügungsmacht beschränkt werden.

Speziell für Denkmäler gilt weiterhin § 35,I,8 ALR. "Statuen und Denkmäler, die auf öffentlichen Plätzen errichtet werden, darf niemand, wer es auch sei, beschädigen oder ohne obrigkeitliche Erlaubnis wegnehmen oder einreissen".

Da viele öffentliche Denkmäler nicht gerade auf öffentlichen Plätzen stehen, schützt diese Vorschrift allerdings bei weitem nicht alle öffentlichen Denkmäler vor Zerstörung.

Auf Grund dieser Bestimmungen kann man nur den Abbruch des Denkmals ohne obrigkeitliche Erlaubnis verbieten, nicht aber positiv deren Einholung erzwingen. Die Vorschriften enthalten kein Gebot, die Erlaubnis nachzusuchen, sondern nur ein Verbot, ohne Erlaubnis abzubrechen. Das sind jedoch zwei ganz verschiedene Dinge. Zu der Erteilung der Abbruchserlaubnis ist die Baupolizeibehörde zuständig.

Das Verbot des § 35,I, 8 ALR. richtet sich auch gegen den Eigentümer und gegen den "Herrn" des öffentlichen Denkmals, d.h. gegen den Träger öffentlicher Gewalt, der das Denkmal in Dienst gestellt und dadurch seinen öffentlichrechtlichen Verwaltungsbesitz an ihm begründet hat (....."wer es auch sei"...). Z.B. darf die Gemeinde, die auf einem öffentlichen Platz ein Denkmal errichtet, dies nicht ohne obrigkeitliche Erlaubnis (des Staates) wieder entfernen lassen.

Darin liegt die Hauptbedeutung beider Vorschriften. Dem Privateigentümer gegenüber ist das öffentliche Denkmal genügend durch die allgemeine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung gesichert. Er darf keine Verfügung über das Denkmal treffen, durch die dessen öffentliche Zweckbestimmung beeinträchtigt wird. Bringt aber z. B. eine Gemeinde oder sonstige öffentliche Körperschaft die öffentlichrechtliche Verkehrsbeschränkung des Denkmals zum Erlöschen, so kann ihr trotzdem auf Grund der oben genannten Vorschriften der Staat die Zerstörung des Denkmals untersagen. Dies wird er besonders dann tun, wenn das betreffende Denkmal für die breitere Oeffentlichkeit von besonderem Werte ist.

Für die weitere Duldung des Denkmals kann die Ge-

meinde auch keine Entschädigung verlangen. Die §§ 1, 2, I 22 ALR. bestimmen: Den gesetzlichen Einschränkungen des Eigentümers ist ein jeder Grundbesitzer sich zu unterwerfen verbunden. Zur Einschränkung und Belastung dieser Art kann kein Grundbesitzer eine ihm im Gesetz nicht ausdrücklich vorbehaltene Entschädigung fordern. Diese Bestimmung schliesst als lex specialis die Vorschrift des § 75 Einleitung ALR. aus. Sonstige gesetzliche Vorschriften, die im vorliegenden Fall eine Entschädigung anordnen, bestehen nicht. Der grossen kulturellen Bedeutung der öffentlichen Denkmäler entsprechend, sind zu ihrem Schutze und zu ihrer Erhaltung zahlreiche Sondervorschriften erlassen worden. Ausserdem erstrecken sich viele allgemeinere Normen auch auf den Schutz der öffentlichen Denkmäler.

Ein Programmsatz findet sich zunächst in der früheren Reichsverfassung. Gemäss Art. 150 geniessen die Denkmäler der Kunst, Geschichte und der Natur sowie der Landschaft den Schutz und die Pflege des Staates. Nach § 14 PVG. haben die Polizeibehörden die nach pflichtmässigem Ermessen notwendigen Massnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird. Der Schutz der öffentlichen Ordnung umfasst den Schutz aller Normen über Handlungen und Unterlassungen, die nach allgemeiner Auffassung zu den unerlässlichen Voraussetzungen eines gedeihlichen menschlichen Zusammenlebens gehören. Der Grundsatz, dass öffentliche Sachen durch private Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen ihren öffentlichen Zwecken nicht entzogen werden können, ist eine solche Norm. Jeder Versuch, die öffentlichen Denkmäler ihrer öffentlichen Zweckbestimmung zu entziehen oder diese zu beeinträchtigen, ist also eine Störung der öffentlichen Ordnung, die die Polizeibehörden zum Eingreifen verpflichtet. Ebenso ist jede Beschädigung und Zerstörung der öffentlichen Denkmäler eine gewaltsame Schädigung der Allgemeinheit und als solche eine Störung der öffentlichen Ordnung.

Soweit eine solche Handlung die an den öffentlichen Denkmälern nach dem ALR. bestehende öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung oder irgendeine spezielle gesetzliche Vorschrift zum Schutz der öffentlichen Denkmäler verletzt, wie etwa der Abbruch des Denkmals ohne obrigkeitliche Erlaubnis, würde sie als Verletzung der Normen, die vom Staat für zwangsverbindlich erklärt sind

und somit des Staatswillens, eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit darstellen.

Zu den Voraussetzungen eines gedeihlichen, staatlichen Zusammenlebens gehört auch, dass der ungenierte Gemeingebrauch an den öffentlichen Sachen allen Bürgern gleichmässig gewährleistet ist. Jede Störung des Gemeingebrauchs beeinträchtigt das staatliche Gemeinschaftsleben und ist somit eine Störung der öffentlichen Ordnung. Jede Handlung schliesslich, die den Verwaltungsbesitz der öffentlichen Gewalt an den öffentlichen Denkmälern stört, gefährdet das ungehinderte Arbeiten des staatlichen Verwaltungsorganismus und ist eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Die auf öffentlichrechtlichen Normen beruhende tatsächliche Gewalt der öffentlichen Körperschaften über die öffentlichen Denkmäler wird auch in den Formen des öffentlichen Rechts geschützt mit Hilfe der Machtmittel der öffentlichen Gewalt.

In allen diesen Fällen sind also die Polizeibehörden gemäss § 14 PVG. verpflichtet, die nötigeb Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und damit der öffentlichen Denkmäler zu treffen.

Ausserdem gibt es noch zahlreiche besondere gesetzliche Vorschriften, die zum Schutz der öffentlicher Denkmäler erlassen worden sind. Unter den preussischen Vorschriften sind zunächst die bereits besprochenen §§ 33, 35 I, 8 ALR. zu nennen. Auch die §§ 66,71 I,8 ALR. hat man zu Zwecken der Denkmalspflege herangezogen. § 66,I, 8 untersagt Bauten, die Städte und Plätze verunstalten würden, während § 71 I,8 eine Handhabe bietet, Bauten, die eine grobe Verunstaltung von Strassen und Plätzen darstellen, ändern zu lassen. Diese Vorschriften sichern den substanziellen Bestand des Denkmals als solchen sowie seine Umgebung und erhalten ihm einen angemessenen Standort.

Sie erweitern die Befugnis der Polizei. Diese darf hier auch zum Schutz ästhetischer und künstlerischer Interessen einschreiten. In diesen Bestimmungen treffen sich Polizei und Denkmalspflege. Freilich hat die erstere nicht unmittelbar für die Erhaltung der Denkmäler zu sorgen, sondern nur dafür, »dass das künstlerische Empfinden und die Grundsätze der Aesthetik durch einzelne Personen nicht vernichtet oder beeinträchtigt werden». Aber durch diese im wesentlichen versagende Tätigkeit wird mittelbar auch die Erhaltung des Kunstbesitzes der Vergangenheit gefördert.

In zahlreichen Verwaltungsgesetzen finden sich Bestimmungen, die die Veräusserung von Gegenständen im Besitze von Gemeinden, die einen besonderen wissenschaftlichen, historischen oder künstlerischen Wert haben, von der Genehmigung einer staatlichen Behörde, meist des Regierungspräsidenten, abhängig machen[1]. Auch diese können in wirksamer Weise zum Schutz der öffentlichen Denkmäler verwandt werden.

Zu Zwecken der Denkmalspflege sind weiterhin zahlreiche besondere Verordnungen erlassen worden, die jedoch, weil Einzelfälle regelnd, hier nicht alle erwähnt werden können.

Besonders wichtig sind in diesem Zusammenhang die sogenannten Verunstaltungsgesetze. Sie dehnen die Zuständigkeit der Polizeibehörden auf dieses ihnen nach allgemeinen Grundsätzen nicht unterliegende Gebiet der Wohlfahrtspflege und der Wahrnehmung ästhetischer Belange aus und verschaffen ausserdem den Grundsätzen der §§ 66,71 I,8 ALR. Geltung im ganzen preussischen Staatsgebiet. Das Gesetz vom 2.Juni 1902 gegen die Verunzierung landwirtschaftlich hervorragender Gegenden sieht Landespolizeiverordnungen der Regierungspräsidenten vor, gegen die Verunzierung des Landschaftsbildes durch Reklameschilder und sonstige Aufschriften und Abbildungen.

Das Gesetz vom 15. Juli 1907 gegen die Verunzierung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden geht noch bedeutend weiter. Es richtet sich auch gegen die Verunzierung des Landschaftsbildes durch Bauten und bestimmt, dass die baupolizeiliche Genehmigung für bauten zu versagen ist, die Strassen oder Plätze einer Ortschaft gröblich verunstalten würden. Weiter ermächtigt es die Gemeinden, durch Ortsstatut das Bauen in der Nähe bestimmter Strassen und Plätze von geschichtlicher oder künstlerischer Bedeutung zu untersagen, wenn dadurch die Eigenart des Ortes oder des Strassenbildes beeinträchtigt werden würde.

Auch können erhöhte Anforderungen an die Ausführung derartiger Bauten und an die Vornahme von Veränderungen von der Baupolizei gestellt werden. Schliesslich kann ein Ortsstatut die Stadtreklame genehmigungspflichtig machen.

---

1) z.B. StOöPr. § 50 I,2; ZG. § 16; StOrh. § 46, I, 2; LG. OöPr. § 114,I. Programmsatz fr.RV. Art. 150,II.

Die Bedeutung der Verunstaltungsgesetze für die Denkmalspflege ist nach dem Zusammenhang zu beurteilen, in welchem die öffentlichen Denkmäler mit dem Strassen-, Orts- und Landschaftsbilde stehen. Es ist der Zweck der Gesetze, die äussere Erscheinung im Rahmen der Umgebung, die Wirkung des Bauwerks auf die Öffentlichkeit zu schützen. Sie unterstützen dadurch die Bestrebungen der Denkmalspflege, denn hier wie dort steht die Erhaltung und der Schutz der aus alter Zeit überkommenen Werte im Vordergrund. Es kommt hier nicht darauf an, in wessen Eigentum das Denkmal steht. Nicht nur der öffentliche Besitz sondern auch das freie Privateigentum ist den Beschränkungen der genannten Gesetze unterworfen, wenn das Denkmal nur an einer öffentlichen Strasse, einem öffentlichen Platze oder in Ortsteilen gelegen ist, die den Schutz eines Ortsstatuts geniessen. Jedes öffentliche oder private Gebäude hat den Anforderungen der Baupolizei zu genügen, die sie auf Grund der Verunstaltungsgesetze stellt. In allen diesen Fällen hat die Baupolizei darauf zu sehen, dass bei der Ausführung von Bauentwürfen die Grundsätze der Denkmalspflege nicht vernachlässigt werden[1].

Jedoch würde es, wie die Begründung des Gesetzentwurfs ergibt, auf Grund des Gesetzes von 1907 nicht möglich sein, die gänzliche Niederlegung eines Denkmals zu verhindern[2]. Eine Entschädigung wird für die auf Grund der Verunstaltungsgesetze erfolgenden Einschränkungen des Eigentums nicht gewährt; denn durch diese Gesetze wird das Eigentum allgemein in gewisser Hinsicht beschränkt; nicht aber die Aufopferung einzelner Rechte Dritter im Interesse der Allgemeinheit verlangt.

Die Grundsätze der Denkmalspflege finden nicht nur auf die im öffentlichen Besitz befindlichen Denkmäler Anwendung, der Staat kann sie vielmehr überall da durchsetzen, wo er einen irgendwie gearteten Einfluss besitzt, z.B. auch bei Denkmälern, an denen er nur die Unterhaltspflicht hat. Auch die staatlichen Aufsichtsbehörden können unstreitig auf Grund des staatlichen Hoheitsrechtes der Denkmalspflege im Einzelfall an die öffentlichen Korporationen noch weitgehende Anforderungen stellen, als dies auf Grund der erörterten gesetzlichen Vorschriften möglich ist.

---

1) Siehe zu Vorstehendem Lezius, a.a.O. S. 152 ff.
2) OVG. 69/407; 58/415.

Die bisher erwähnten gesetzlichen Bestimmungen ermöglichen in der Hauptsache ein präventives Eingreifen der zuständigen Behörden zum Schutz der öffentlichen Denkmäler, bevor eine Schädigung eingetreten ist. Zum Schluss ist noch eine Schutzvorschrift zu erwähnen, die erst nach Eintritt eines Schadens eingreift und diesen ahndet.

§ 304 StGB. bestimmt: »Wer vorsätzlich und rechtswidrig öffentliche Denkmäler, welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt werden oder öffentlich aufgestellt sind, beschädigt oder zerstört, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft». Diese Bestimmung schützt alle Gegenstände, die nach der oben entwickelten Definition öffentliche Denkmäler sind. Die Erwähnung der Rechtswidrigkeit im Tatbestand bedeutet, dass die Strafbarkeit nicht durch die Verletzung des öffentlichen Interesses an der Unversehrtheit der öffentlichen Denkmäler allein begründet wird, sondern dass noch die Verletzung von Gesetzen, Bauordnungen usw. dazukommen muss. Und zwar ist nicht nur die Zerstörung oder Beschädigung fremder Denkmäler unter Strafe gestellt, sondern die Vorschrift richtet sich auch gegen den Eigentümer. Entscheidend ist nicht die Verletzung fremden Eigentums, sondern die Beeinträchtigung öffentlicher Interessen. Diese werden im Hinblick auf die Natur der öffentlichen Denkmäler unmittelbar unter besonderen gesetzlichen Schutz gestellt[1]. Deshalb kann sich auch der Eigentümer selbst der strafbaren Sachbeschädigung schuldig machen. Bei dem durch die Natur der Denkmäler gegebenen öffentlichen Interesse an ihrer Unversehrtheit soll die Verwirklichung des Strafanspruchs unabhängig davon sein, ob der jeweilige Eigentümer ein privates Interesse an ihrer Erhaltung hat. § 304 stellt damit insoweit die Verletzung einer Norm des öffentlichen Rechts, der durch die Widmung an den öffentlichen Denkmälern entstandenen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung unter Strafe.

Die Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Denkmäler gehören in das Aufgabengebiet zahlreicher Behörden. Wie erwähnt, ist der Regierungspräsident zuständig für die Genehmigung der Veräusserung von Kunstschätzen. Der Regierungspräsident als Landespolizeibehörde und die Gemeindevertretungen können Verordnungen bzw. Ortsstatute auf Grund der Verunstaltungsgesetze von 1902 und 1907 erlassen. Schliesslich kann die Kommunalaufsichtsbehörde

1) Frank, StGB. 1931, § 304.

ihren Einfluss geltend machen. Doe umfassendste Zuständigkeit und die umfassendsten Mittel zum Schutz der öffentlichen Denkmäler haben jedoch die Polizeibehörden , insbesondere die Ortspolizeibehörden.

Die Formen, in denen dieser Schutz ausgeübt wird, sind die allgemeinen polizeilichen: der Erlass von Verordnungen und Verfügungen, die Ausführung der zu erzwingenden Handlung auf Kosten des Polizeipflichtigen, die Festsetzung von Zwangsgeld, Zwangshaft und der unmittelbare Zwang.

Neben diesen meist vorbeugenden Massnahmen sind die Strafverfolgungsbehörden zuständig, soweit es sich um die nachträgliche Verfolgung und Bestrafung von schädigenden Handlungen handelt, die unter § 304 StGB. fallen.

IV. Die Streitigkeiten über öffentliche Denkmäler.

Die Streitigkeiten über öffentliche Denkmäler[1] werden teils durch die ordentlichen Gerichte teils durch die Verwaltungsbehörden entschieden. Aus der Art wie in der Rechtsstellung der öffentlichen Denkmäler privates und öffentliches Recht geteilt ist, ergibt sich die Teilung der Zuständigkeit der verschiedenen Behörden. Streiten zwei Behörden über das Eigentum an einem öffentlichen Denkmal, so ergibt sich ohne weiteres, dass die Streitigkeit im Verwaltungswege zu regeln ist. Streiten eine Behörde und ein Privatmann sich über die Oeffentlichkeit eines Denkmals, so hat die Behörde es nicht nötig, den Klageweg zu beschreiten. Sie bestimmt selbst, was sie als öffentliches Denkmal ansehen will. Sie setzt sich vermöge ihrer Polizeigewalt in den Besitz des betreffenden Denkmals und erhält sich darin.

Gegen die hierin liegende Polizeiverfügung hat der Betroffene die Rechtsmittel des Verwaltungsrechts. Er kann die Rollen auch nicht dadurch verschieben, dass er

1) Jellinek, a.a.O. S. 492; Herrnritt, S. 385; Fleiner, S. 353

mit der Besitzklage des Privatrechts gegen die Behörde vorgeht. Gegen die öffentliche Verwaltung gibt es keine Besitzklage; sie wäre gegen eine polizeiliche Machtäusserung, den Polizeibesitz, gerichtet, gegen die die Besitzklage versagt. Diese Lösung erscheint auch sinngemäss, denn der Schutz des öffentlichen Denkmals gegen unbefugte Eingriffe beruht auf öffentlichem Recht. Das Verhältnis zwischen dem Träger der öffentlichen Gewalt und dem Eigentümer oder Benutzer des Denkmals wird vom öffentlichen Recht bestimmt.

Die Unterhaltung und Benutzung der öffentlichen Denkmäler wird durch öffentlichrechtliche Normen geregelt, deshalb werden Streitigkeiten hierüber durch die Verwaltungsbehörden entschieden. Mit der Klage vor den ordentlichen Gerichten kann der Privateigentümer des öffentlichen Denkmals lediglich Feststellung seines von anderer Seite bestrittenen Eigentums verlangen. Das hat zur Folge, dass ihm nach einer möglicherweise eintretenden Einziehung des öffentlichen Denkmals das volle Privateigentum wieder zufällt und dass er bis dahin die spärlichen Befugnisse ausüben kann, die ihm trotz der öffentlichrechtlichen Verkehrsbeschränkung des Denkmals noch bleiben.

L e b e n s l a u f .

Am 16. Juli 1908 wurde ich in Germershausen als Sohn des damaligen Hauptmanns Karl-Udo von Kropff und seiner Frau Marie Luise geb. von Heydwolff geboren. Ich besuchte zunächst die Henkelsche Privatvorschule in Kassel. Ostern 1918 trat ich in das Realgymnasium in Giessen ein, das ich Ostern 1927 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Ich studierte dann Rechtswissenschaft an den Universitäten Marburg, München und Hamburg und bestand am 1. August 1931 vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 24. September 1931 bin ich im Vorbereitungsdienst beschäftigt.